Die Mitvormundschaft

nach gemeinem und bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Max Lion
Referendar.

Bonn,
Carl Georgi, Universitäts-Buchdruckerei und Verlag.
1904.

Meinen lieben Eltern

in inniger Dankbarkeit

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0007

Inhalt.

Abschnitt I: Einleitung. (§ 1.)

Abschnitt II: Konstruktion: Es besteht eine einheitliche Vormundschaft.

A. Negativer Nachweis. (§ 2.)

B. Positive Konstruktion. (§ 3.)

Abschnitt III: Die Arten der Mitvormundschaft und ihre Behandlung.

I. Die Arten. (§ 4.)

II. Ihre Behandlung.

A. Wie kann eine Mitvormundschaft entstehen? (§ 5.)

B. Das Amt der Mitvormünder nach seiner Recht-Seite.

1. Die Verwaltung der Vormundschaft überhaupt. (§ 6.)
2. Die tutela indivisa. (§ 7.)
3. Vorfrage: Wie kann eine andere Art der Mitvormundschaft entstehen? (§ 8.)
4. Die tutela divisa. (§ 9.)
5. Die tutores honorarii gegenüber den gerentes im gemeinen Recht. (§ 10.)

C. Die Pflichtseite.

1. Die Verbindlichkeiten der Mitvormünder im ganzen.
   a) Pflichten des Vormundes überhaupt und ihre Geltendmachung. (§ 11.)
   b) Tutela indivisa. (§ 12.)
   c) Die anderen Arten. (§ 13.)
2. Insbesondere: Die Haftung für Pflichtverletzung.
   a) Gemeines Recht. (§ 14.)
   b) Bürgerliches Gesetzbuch. (§ 15.)

Literatur.

(Bei mehrbändigen Werken gilt, falls nur ein Band benutzt wurde, die Seitenangabe in der Arbeit für den in diesem Verzeichnis aufgeführten Band.)

Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. 1864.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht. 1899.

Boehm, Das Vormundschaftsrecht des B. G. B. 1897.

Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht. 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 3. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerl, Rechts.

Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preussens. IV. Band.

Dernburg, Das Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie (nach der V. O. vom 5. Juli 1875). 3. Aufl.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. II. Bd.

Eccius, Erörterungen aus dem Gebiete des Vormundschaftsrechts (nach der pr. V. O.). 1876.

Fitting, Die Natur der Korrealobligationen. 1859.

Fuchs, Das deutsche Vormundschaftsrecht. 1899.

Gierke, Das deutsche Privatrecht. I. Bd.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. III. Bd.

Glässing, Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechts, im Archiv für öffentl. Recht. Bd. 16.

Glässing, Zur Annahme öffentl. Rechtes im bürgerl. Gesetzbuch, daselbst. Bd. 18.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 29, 30, 32, 33.

Hesse, Deutsches Vormundschaftsrecht. 1900.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. II. Bd.

Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 1835—59. 3 Bde.

Lindelof, Von der actio tutelae utilis im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 7.

von Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft (Grolmann und v. Löhr). Bd. 1 Nr. 1 und 14.

von Löhr, Kurze Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft, im Archiv f. d. zivil. Praxis. Bd. 11 Nr. 1.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2. und 3. Aufl. Stuttgart 1900.

Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches. IV.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. 3. Aufl.

Neumann, Die preussische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. Berlin 1880.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch. 1. und 2. Aufl.

Philler, Das Vormundschaftsrecht des deutschen bürgerl. Gesetzbuches. 1900.

Puchta, Pandekten. 10 Aufl.

Rehbein, Das bürgerl. Gesetzbuch mit Erläuterungen. II. Bd.

Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. 1831.

Richter, Das Vormundschaftsrecht nach dem bürgerl. Gesetzbuch. 1897.

Rudorff, Das Recht der Vormundschaft. 1832—34. 3 Bde.

Samhaber, Zur Lehre von den Korrealobligationen. 1861.

Seuffert's Archiv. Bd. 10 und 25.

Scherer, Familienrecht. 1899.

v. Schilgen, Deutsches Vormundschaftsrecht. 1899.

Schlecht, Das Prinzip der Selbständigkeit des Vormunds nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Grünhuts Zeitschrift. Bd. 28.

Schultetus, Handbuch des Vormundschaftsrechts. 1901.

Schultheis, Der deutsche Vormundschaftsrichter. 1903.

Schultzenstein-Köhne, Das deutsche Vormundschaftsrecht. 2. Aufl.

Schröder-Mugdan, Das deutsche Vormundschaftsrecht. 1900.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. III Bd. 3. Aufl.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft. 1901.

Staudinger, Kommentar. IV. Bd.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. IV. Bd. 3. Aufl.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. 7. Aufl.

Wachler, Die preussische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. Breslau 1879.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.

Windscheid, Zur Lehre von der Korrealobligation. Krit. Überschau VI. Nr. 11.

Windscheid, In der krit. Vierteljahrsschrift. Bd. III. S. 161 ff.

Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio. 1879.

Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen. 1873.

Zoepfl, Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft. Bamberg 1828.

Die Digesten sind nach Mommsen, der Kodex nach Krüger zitiert (in der Ausgabe des Corpus juris civilis von Krüger-Mommsen).

Die Reichspolizeiordnungen nach Emminghaus, das corpus juris Germanici. 2. Aufl.

Hierbei ist die jüngere angegeben, die ältere in Klammern beigefügt.

Einleitung.

§ 1.

Die Mitvormundschaft enthält zwei Elemente: sie ist zugleich ein Fall der subjektiven Gemeinschaftlichkeit und ein Fall der Vormundschaft.

Die Gemeinschaftlichkeit ist eine Grundform des gesamten Rechtsgebietes überhaupt, sie ist ein formales Element, welches loszulösen ist von der Betrachtung seiner Erscheinung bei einem einzelnen Institute: sie ist nicht selbst ein „Institut", sondern sie gehört in die Betrachtung der Struktur der Rechte. So wird sie uns von einer Spezialfrage zu einer bedeutsamen Grundfrage führen, auf die Höhe einer prinzipiellen Erwägung, von der aus wir einen der tiefstgehenden Unterschiede in der innersten Natur zweier Völker, im römischen und deutschen Rechtsleben überhaupt überblicken können.

Das materiale Element der Mitvormundschaft ist die „Vormundschaft". Wie wenige Rechtsinstitute hat das der Vormundschaft im Laufe der Geschichte eine Umwälzung seiner elementarsten Grundlagen erfahren. Stets gleichem Zwecke dienend, aber stets wechselnd in seiner Gestaltung, spiegelt es uns den Geist verschiedener Zeiten eindrucksvoll wider.

Im ältesten römischen und deutschen Recht nahm es seinen Ursprung als reine Familien-Gewalt und -Angelegenheit. Von hier ausgehend, wurde die Vor-

mundschaft allmählich sowohl im späteren römischen Recht wie vollends in dem von deutschrechtlichen Anschauungen durchtränkten gemeinen Vormundschaftsrecht zu einer staatlichen Einrichtung. Als äusserste Konsequenz dieser Entwicklung erscheint das preußsische Allgemeine Landrecht mit seiner Anschauung: die Mündel sind „Pflegebefohlene des Staates", der Vormund lediglich ein Organ des Vormundschaftsgerichts, ein „Bevollmächtigter des Staates". Das war die vollkommenste Leugnung des Ausgangspunktes, die vollständige Eliminierung aller familienrechtlichen Elemente aus dem Vormundschaftsbegriff. Das hiess, ein in steigender geschichtlicher Entwicklung wachsendes Accessorium, die Obervormundschaft, zur ausschliessenden Hauptsache erheben.

Demgegenüber sehen wir in der preussischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 und vollends in dem auf ihr beruhenden Vormundschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches ein Zurück, eine Erinnerung an die Entstehung des Institutes, an die Volksanschauung von demselben.

Es ist zwar der Versuch gemacht worden, auch das neue Vormundschaftsrecht als reines öffentliches Recht zu vindizieren[1]): Allein das hiesse eben die Ansicht des Allgemeinen Landrechts wieder aufstellen und den Vormund lediglich zum Beamten machen[2]).

1) Vgl. Glässing, „Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechts" im Archiv für öffentl. Recht. Bd. XVI. und „Zur Annahme öffentlichen Rechtes im bürgerlichen Gesetzbuch" daselbst Bd. XVIII.

2) Glässing nennt ihn zwar nicht direkt so, aber seine Ausführungen in der erstgenannten Schrift, S. 144 ff., lassen keinen Zweifel, dass er ihn als Beamten — allerdings besondersartigen — ansieht. Man vgl. vor allem die Gegenüberstellung

Es ist aber überhaupt nicht angängig, die Vormundschaft einem Rechtsgebiete allein zuweisen zu wollen; sie ist ein Komplex von Rechtsinstituten und enthält ebenso öffentliches wie privates Recht[1]).

Doch auch die Natur des privatrechtlichen Elementes selbst ist nicht unangefochten. Die Anschauungen schwanken hier von der familienrechtlichen zur rein obligationenrechtlichen Auffassung. Letztere war insbesondere im gemeinen Recht stark vertreten. So behandelte Puchta[2]) die Vormundschaft lediglich als obligatorisches Verhältnis zwischen Vormund und Mündel. Andere nehmen sie wenigstens zu einem Teile ins Familienrecht, wie Windscheid[3]). Viele endlich behandeln sie direkt als familienrechtliche Potestas: so Brinz[4]) und vor allem Karlowa, der sie ein familienrechtliches Schutzverhältnis, ein Surrogat der väterlichen Gewalt nennt[5]).

Für das bürgerliche Gesetzbuch ist zwar bei einigen Schriftstellern die familienrechtliche Natur der Vormundschaft klar bezeichnet[6]). Bei anderen aber

des als Beamten anerkannten Hundefängers (S. 445); die Erörterung der Arbeitsteilung zwischen Richter und Vormund, S. 435. Der Vormund hat ein Amt, ist aber nicht Beamter — ebenso wie der Schöffe z. B. — Ganz entsprechend dem Standpunkt des A. L. R. ist für Gläßing (Archiv. Bd. XVIII S. 61) die Vormundschaft ein „öffentlich rechtliches Verhältnis der Pflegebefohlenen zum Staate".

1) So auch Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts IV, S. 314.

2) Pandekten § 332.

3) Pandekten 3, § 526.

4) II S. 806.

5) S. 274, S. 270 ff.; für das spätrömische Recht ausgesprochen, gilt es ebenso für das gem. Recht.

6) z. B. Endemann, S. 936. Spahn, S. 205.

finden wir zwar über ihre Natur im allgemeinen nichts gesagt, doch stets, sobald von der Haftung des Vormunds gehandelt wird, ein quasikontraktliches Verhältnis, eine Art Geschäftsführung des Vormundes angenommen[1]).

Aber wo finden wir noch einmal einen Geschäftsführer, der seinen Geschäftsherrn vindizieren kann? Und ist etwa die Züchtigung des Mündels, zu welcher der Vormund berechtigt ist, auch Geschäftsführung? Viel zu einseitig sieht diese Meinung auf die Vermögensverwaltung des Vormundes.

Nein, wir halten die vormundschaftliche Gewalt ebenso wie die elterliche, welche sie ersetzen soll, für ein „familienrechtliches Schutz- und Verpflichtungsverhältnis". Die Bestätigung dessen finden wir auch im bürgerlichen Gesetzbuch selbst: in der Stellung der Vormundschaft in das Familienrecht; in der Angleichung der elterlichen und der vormundschaftlichen Gewalt: wechselseitig wird von der einen auf die andere verwiesen[2]).

Diese vormundschaftliche Gewalt und ihre Betätigung macht den einen grossen Teil des ganzen Vormundschaftsrechts aus; ihre Aufgabe ist die unmittelbare Fürsorge für Person und Vermögen des Mündels.

Was übrig bleibt, ist Obervormundschaft des Staates. Auf diese einen kurzen Blick zu werfen, ist für die spätere Untersuchung von Wichtigkeit.

Die Obervormundschaft hat sich in Rom nur in ihren Anfängen entwickelt. Anders in Deutschland. Hier stand sie ursprünglich der Familie zu, wanderte dann

1) z. B. Plank, Nr. 1 zu § 1833. Selbst Spahn S. 209, trotz S. 205.

2) Vgl. ferner z. B. das Ruhen der Verjährung, § 204 B. G. G.

— über den Begriff des „Königsschutzes“ — zum Staate hinüber und erlangte im gemeinen Recht eine weitgreifende Bedeutung. Dort, wie auch im bürgerlichen Recht, lässt sie sich charakterisieren als ein Aufsichtsrecht des Staates über die Tätigkeit des Vormunds, als eine wesentlich mittelbare Fürsorge für den Mündel.

Durch diese Kontrolle aber wird der Vormundschaft ihr oben bezeichneter Charakter nicht genommen: denn diese Kontrolle geht auch gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt.

Konstruktion.

§ 2.

Mitvormundschaft bedeutet, dass mehrere Personen zu Vormündern desselben Mündels ernannt sind; nicht Mündelmehrheit: dann liegen immer nur entweder gänzlich getrennte Vormundschaften oder — bei Geschwistern — eine einzige Vormundschaft vor; sondern Vormündermehrheit.

Voraussetzung für das Verständnis der positiven Regelung des Institutes ist die Erkenntnis seiner rechtlichen Konstruktion.

Soll hier eine (subjektive) Gemeinschaftlichkeit vorliegen, wie wir behaupteten, so kann es sich nur um eine Vormundschaft handeln, zu der mehrere berufen sind.

Wir haben also zunächst negativ festzustellen: es liegen nicht mehrere Vormundschaften vor, und dann positiv die Gestaltung nachzuweisen.

Schon eine nähere Betrachtung des oben entwickelten Begriffes der Vormundschaft zeigt, dass hier nur eine einzige Vormundschaft besteht. Denn die Vormundschaft ist ein Surrogat der elterlichen Gewalt (bezw. der väterlichen im gemeinen Recht). Und wie nur eine einzige elterliche, so ist auch nur eine einzige, einheitliche vormundschaftliche Gewalt denkbar, die allerdings, wie ja auch die elterliche Gewalt, und sogar noch darüber hinaus, beschränkt und mannigfach modifiziert sein kann.

Allein auch auf rein technischem Wege lässt sich diese Einheit des Gewaltverhältnisses dartun.

Für das bürgerliche Gesetzbuch ist der Nachweis nicht schwierig.

Wir haben hier den Gegensatz zwischen Vormundschaft und Pflegschaft. Der Unterschied beider besteht darin, dass die Vormundschaft von vornherein unbeschränkt ist, Person und Vermögen des Mündels insgesamt umfasst, während die Pflegschaft begrifflich auf bestimmte Angelegenheiten oder Kreise von solchen beschränkt ist[1]).

Die Vormundschaft ist nun aber, wie alle familienrechtlichen Gewalten, absolut. Dies ergibt sich insbesondere aus § 1793 B. G. B., wonach der Vormund ausschliesslich die Sorge hat, und aus § 1800 in Verbindung mit § 1632: Der Vormund kann den Mündel von jedem Dritten herausverlangen.

Da also die Vormundschaft den Mündel und sein Vermögen in rechtlicher Totalität umfasst, und zwar so, dass sie jeden Dritten ausschliesst, so kann es nur eine einzige Vormundschaft geben, wie nur ein Eigentum.

Anderes gilt für die Pflegschaft: sie ist von vornherein begrenzt, es können daher sehr wohl mehrere Pflegschaften nebeneinander beim selben Mündel bestehen „Mitpflegschaft" wäre dann der Fall, dass mehrere Pfleger auf dieselbe Angelegenheit eingesetzt sind, dann gälte dasselbe wie bei der Mitvormundschaft:

1) Endemann, S. 909, will zwar eine andere Einteilung aufstellen wegen der allgemeinen Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910. Aber diese ist eben auch nicht ganz umfassend, weil ja der Gebrechliche selber handlungsfähig bleibt und daher, soweit er handelt, die Pflegschaft aufhört. Vgl. auch Dernburg, Bürg. R. S. 319.

nach § 1915 B. G. B. fänden alle Bestimmungen entsprechende Anwendung. Wir brauchen daher auf sie nicht mehr zurückzukommen.

Gemeines Recht. Hier müssen wir etwas weiter ausholen.

Die Grundlage des gemeinen Vormundschaftsrechtes ist eine eigentümlich gemischte. Das Fundament bildet das rezipierte römische Recht[1]). Allein einige Institute desselben wurden gar nicht mit aufgenommen oder fielen bald in Vergessenheit und hier erhielten sich dann deutsche Rechtsgedanken; auf einzelne dieser Institute werden wir unten noch zu sprechen kommen. In diese so modifizierte Gestaltung griffen endlich tief ein die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577.

Im römischen Recht haben wir gar keinen einheitlichen Begriff „Vormundschaft"; wir finden hier vielmehr den Gegensatz zwischen tutela und cura.

Diese beiden Gewalten sind nun zwar ebenfalls absolute[2]). Allein hinsichtlich des Umfanges besteht zwischen tutela und cura kein grundsätzlicher Unterschied.

Beide können allgemeine Fürsorge sein. Seit v. Löhr[3]) dargetan hat, dass der Unterschied beider Institute sich im wesentlichen beschränkte auf die Form der Mitwirkung bei Rechtsgeschäften[4]), dass sie

1) Dies ist nur von Stobbe-Lehmann bestritten S. 512; danach soll das gemeine Vormundschaftsrecht deutsches Recht mit römischrechtlichen Modifikationen sein. Vgl. dagegen z. B. Kraut I, S. 108.

2) Vgl. z. B. Karlowa, S. 271: „Recht absoluter Natur" nötigenfalls durch Vindikation geltend zu machen.

3) im Magazin für Rechtswissenschaft Bd. I, Nr. 1 u. 14.

4) Der Tutor hatte die auctoritatis interpositio, d. h. er assistierte den Handlungen des Mündels und fügte ihnen sein

aber im übrigen sich gleichstanden und nur je nach der verschiedenen Veranlassung ein Tutor oder aber ein Kurator berufen wurde, ist dieser Satz von allen Späteren anerkannt worden[1]). Wir müssen uns also nach einem anderen Kriterium umsehen.

Zwei oberste Sätze beherrschen hier die Entwickelung und haben in ihrer Auslegung manchen Streit hervorgerufen; sie heissen:

Tutor personae non rei vel causae datur[2]); und daraus folgend: tutorem habenti tutor dari non potest[3]).

Der erste Satz spricht von dem Umfang der Tutel: sie ist, wie unsere Vormundschaft, eine allgemeine, keine spezielle[4]). Der zweite Satz macht die Tutorbestellung neben einem schon vorhandenen Tutor nichtig.

Beide Sätze sind nur für die Tutel ausgesprochen, gelten aber in gleicher Weise auch für die cura. Der erste: weil auch die cura eine allgemeine war, wie allein schon die cura furiosi lehrt.

Der Anwendung des zweiten Satzes auf die cura aber wird häufig widersprochen; so noch neuestens

---

Vollwort bei (auctor sum), wodurch sie rechtlich wirksam wurden. Der curator hingegen gab zu Handlungen des Mündels lediglich einen formlosen, gewöhnlichen consensus.

1) Vgl. vor allem Glück in vielen Stellen, z. B. Bd. 29, S. 6 u. 7, Bd. 33, S. 101, 424. Windscheid III, S. 113. Auch Zoepfl S. 2.

2) l. 14 D. de test tut. 26, 2.

3) l. 27 pr. D. eod.

4) Dies insbesondere wies von Löhr l. c. nach; vorher war der Satz vielfach so aufgefasst worden, als ob nur der tutor „der Persönlichkeit“ des Mündels, der curator dagegen lediglich rei, also dem Vermögen vorgesetzt werde. Vgl. hierzu vornehmlich auch Rudorff I, S. 376, II, S. 271.

von Brinz[1]). Doch ist nach zahlreichen Anwendungsfällen an der Zulässigkeit der Ausdehnung nicht zu zweifeln. Man vergleiche auch l. 10 C. Qui dare V, 34 und die Anm. 1 zit. Schriftsteller.

Im Gegensatz zu diesen beiden Prinzipien nun finden wir im späteren Rechte Tutoren und Curatoren sowohl für einzelne res vel causae, — wie den tutor rei Africanae vel rei Syriaticae[2]) — als auch Tutoren bezw. Kuratoren neben schon vorhandenen — wie vor allem den tutor s. curator in litem dandus[3]) (auch tutor praetorius, specialis).

Ein Hauptfall endlich ist der: für das Vermögen des Mündels in einer anderen Provinz konnte man sich exkusieren bezw. hörte die Kompetenz des zu ernennenden Magistrats auf Es wurde dafür ein anderer Tutor vom Magistrat jener Provinz berufen[4]).

Von einer einheitlichen Tutel bezw. Kuratel noch hier zu reden, wo ja schon die Berufung nur auf einen Teil des Vermögens ging, ist natürlich nicht möglich.

Wir haben es hier mit Durchbrechungen der alten Sätze zu tun, es bestehen hier mehrere Tutelen bezw. Kuratelen neben einander.

Und doch bestätigen gerade auch diese Ausnahmen

---

1) III, S. 872. Eine scheinbare Stütze findet diese Ansicht in l. 20 § 1 D. de tut. dat. 26, 5: curatorem habenti quo minus alius curator detur regula juris non est impedimento welcher Stelle aber l. 10 Cod. V 34 gerade widerspricht. Man beseitigt diese Antinomie durch die Annahme, jene Stelle des Modestin drücke nur einen Zweifel aus und sage, eine Parömie wie beim tutor habe sich beim curator nicht gebildet. Vgl. z. B. Rudorff I, S. 380, Sintenis S. 184, Nr. 3.

2) l. 15, D. 26, 2.

3) Vgl. C V, 44: de in litem dando tutore vel curatore.

4) l. 10 § 4, l. 21 § 2—4 D de excus. 27, 1.

die Regel: es sind eben Ausnahmetutelen, die so möglich geworden sind, oder mit anderen Worten: Spezialtutelen und Spezialkuratelen im Gegensatz zu der gewöhnlichen, umfassenden Generaltutel bezw. -cura[1]).

Zwar ist dies nicht unbestritten[2]), aber auch schon aus dem Ausdruck der Quellen lässt sich unsere Bezeichnung ableiten: „rei" Africanae vel Syriaticae wird der Tutor gegeben, oder „in litem", oder — vom Vermögen in einer anderen Provinz, wohin die Tutel des Hauptvormundes nicht reicht: aliarum „rerum"; also für bestimmte genau bezeichnete Angelegenheiten; nicht schlechthin personae, alle Angelegenheiten derselben allgemein umfasssend, was Regel blieb.

Verfolgen wir nun die Weiterentwicklung im gemeinen Recht, so haben wir zunächst die Bestimmungen der Reichspolizeiordnungen zu betrachten. Diese[3]) verordneten:

„ . . . . dass den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher . . . . gegeben werden."

Also eine notwendige Dativ-Vormundschaft bis zur Volljährigkeit. Und zwar eine einheitliche „Vormundschaft", unter Aufhebung des Unterschiedes von tutela und cura[4]) [5]).

---

1) Als solche bezeichnen sie auch z. B. Rudorff II, S. 382, Karlowa, S. 287, Sintenis, S. 184 Nr. 3, S. 204.

2) Wir werden unten noch eine Folge aus dieser Unterscheidung zu erwähnen haben (vgl. S. 53, Nr. 1).

3) R. P. O. v. 1577 Tit. 32 § 1 mit geringfügigen Abänderungen von R. P. O. v. 1548 Tit. 31 § 1.

4) Dies wurde zwar bestritten; so noch von Glück, Bd. 30, S. 54 ff. Die Wiederlegung insbesondere bei Sintenis, S. 176, Nr. 1. Vgl. ferner Kraut II, S. 112 ff. (hodie jura

Diese Vormundschaft war eine allgemeine, neben ihr erhielten sich aber auch die meisten Ausnahmefälle des römischen Rechts, die Spezialkuratelen, oder jetzt Spezialvormundschaften, z. B. der Prozessvormund. Ja, es treten noch deutschrechtliche Spezialvormundschaften hinzu, wie vor allem die Lehnsvormundschaft [1]).

Und um dem geschichtlichen Faden zum Ende zu folgen: dieser Unterschied, der in Rom zwar vorhanden war, aber zu einer besonderen Einteilung nie gedient hatte, wurde nun zum grundlegenden von einzelnen Partikulargesetzgebungen erhoben; so vor allem vom Allgemeinen Landrecht [2]), welches unterschied „Vormünder“ zur Besorgung aller und „Kuratoren“ zur Besorgung nur gewisser Angelegenheiten. Ihm folgte die Preuss. Vormundschaftsordnung von 1875, welche die Kuratel in eine „Pflegschaft“ (§§ 86—91 P. V. O.) umtaufte, und dies wurde ins bürgerliche Gesetzbuch übernommen.

Cosack [3]) vergleicht das Verhältnis beider Institute dem von Eigentum zu Dienstbarkeit. Und Endemann sagt: „Der Pfleger übt eine Spezialvormundschaft aus“ [4]).

---

tutelae et curatelae confusa esse), Zoepfl, S. 59 ff., Rudorff I S. 117. — 5) Es gab nur 2 Arten der Tutel: für pupilli und für mulieres. Letztere starb schon in Rom ab und wurde nicht rezipiert. Mit ersterer verschwand also die tutela als besonderes Institut durch Verschmelzung mit der cura ganz.

1) Vgl. Kraut III, S. 4: „Die Lehnsvormundschaft bezog sich nur auf das Lehen des Vasallen, nicht aber auf dessen Person und übrige Güter.“

2) A. L. R. II, 18, §§ 3 u. 4.

3) Bd. II, S. 631.

4) S. 972. Dies ist allerdings inkonsequent gegenüber seiner Neueinteilung, vgl. oben S. 7, N. 1 und widerlegt also seine eigenen Ausführungen.

Nun aber können wir zurückkehren zu unserer Behauptung, dass auch im gemeinen Recht nur eine einzige Vormundschaft möglich gewesen sei. Denn nun ergibt sich dieselbe Beweisführung wie für das bürgerliche Gesetzbuch: wenn mehrere Vormundschaften nebeneinander beim selben Mündel bestehen sollen, so stehen sie im Verhältnis von Haupt- zu Spezialvormundschaft. Dann aber haben wir keine Mitvormünder, keine contutores, sondern nur der eine ist „Vormund", der andere ist Pfleger, Spezialvormund. Dies meint Glück, wenn er Bd. 29, S. 177 sagt: „Contutoren sind daher nicht die, welche . . . . für verschiedene Gütermassen des Pupillen . . . . bestellt worden sind . . . . Dies ist wie eine Delation verschiedener Tutelen zu betrachten." Dagegen id. S. 176: „Ist die Besorgung der zur Tutel gehörigen Geschäfte mehreren zugleich . . . übertragen, so dass sie alle konkurrieren, so werden diese Vormünder contutores genannt."

Die allgemeine Vormundschaft ist also auch hier nur eine einzige, einheitliche, auch wenn mehrere (Haupt-)Vormünder bestellt sind.

§ 3.

Der Fall der Mitvormundschaft ist dadurch eigenartig, dass dies die einzige Familiengewalt ist, die in ihrem vollen Umfange mehreren zugleich zustehen kann.

Die Familiengewalt nun ist immer nach zwei Seiten hin zu betrachten, sie umfasst so Recht als Pflicht, potestas und officium Wir können daher hier zwar nicht von einer eigentlichen Rechtsgemeinschaft reden; denn auch die Pflichtseite ist gemeinschaftlich;

allein da beide innewohnen einem einheitlichen Begriffe „Gewaltverhältnis“ (potestas im w. S.), dessen Struktur dem des „Rechtes“ analog ist, so folgt auch die Gewaltgemeinschaft durchaus den Regeln der Rechtsgemeinschaft[1]).

Betrachten wir ein subjektives Recht auf seine Struktur hin, so lassen sich folgende drei Hauptbestandteile unterscheiden:

Ein Subjekt, dem das Recht zusteht.

Ein Objekt, gegen welches das Recht sich kehrt.

Ein Band zwischen beiden: eben „das Recht“[2]).

Gemeinschaftlichkeit liegt nun vor, wenn — bei Identität aller übrigen Rechtsbestandteile — mehrere Subjekte nebeneinander vorhanden sind. Nur wenn alle übrigen Bestandteile einheitlich und identisch bleiben, lässt sich von Gemeinschaftlichkeit reden: denn wenn etwa das „Band“ — der Inhalt des Rechtes — geteilt wird, so liegt nur noch ein durch die eventuelle Ungeteiltheit des Objektes rein äusserlich an die Gemeinschaftlichkeit erinnerndes Verhältnis vor[3]); desgleichen wenn nur noch ein inhaltlich gleiches, nicht ein identisches Band vorhanden ist.

Es bleibt also nur die Frage, wie dies einheitliche Recht mit Subjektmehrheit zu konstruieren sei.

Hier finden wir nun den Unterschied zwischen römischem und deutschem Recht, den wir oben andeuteten.

---

1) Bei der Behandlung im gemeinen Recht sprach man denn auch stets von „jus“ tutelae, Gewaltverhältnis.

2) Vielfach wird als vierter Bestandteil noch ein „Beziehungsgegenstand“ genannt, der neben das Objekt tritt und den Inhalt des „Bandes“ näher bestimmt. Vgl. z. B. Gierke Pr. R. I, § 29.

3) Gierke nennt dies (l. c. S. 268) eine „objektive Gemeinschaft“. Man vgl. z. B. das „Miteigentum nach Bruchteilen“, die communio pro indiviso, ferner die Solidarobligation.

Das deutsche Recht war „reich an korporativen Gestaltungen", ihm war es nichts Fremdes, die Rechtspersönlichkeit des Individuums ganz oder teilweise aufgehen zu lassen in einer personenrechtlich verbundenen Allgemeinheit, einer jener festgefügten Einheiten, wie sie das Wirtschaftsleben in ungezählten Abstufungen durchsetzte. Die „gesamte Hand" ist eine Form, die im deutschen Recht allen Instituten ausnahmslos zugänglich ist.

Spröde dagegen verhielt sich das „individualistische" römische Recht gegen solche die Freiheit der Persönlichkeit selbst antastende Beschränkungen. Die Rechtsgemeinschaftlichkeit als solche, losgelöst von materiellen Beigaben, ist dort kein leichthin sich ergebender Begriff. Weitestgehend suchte man bei allen Rechtsverhältnissen die Beteiligungssphären der einzelnen gesondert zu erhalten. Wenn man gleichwohl, dem Zwange des Lebens folgend, eine wahre Gemeinschaftlichkeit eintreten liess: so finden wir im gemeinen Recht dies gewöhnlich nur bei den einzelnen betroffenen Instituten selber abgehandelt, woraus dann die Folge ist, dass wir vielfach eine Erörterung des inneren, oben bezeichneten Problems, gar nicht antreffen.

Von germanistischer Seite ist wohl dem römischen Rechte aus der „mangelhaften Ausgestaltung" der Personengemeinschaft ein Vorwurf gemacht worden: dies ist selbstverständlich ganz unzulässig; es handelt sich hier um Grundverschiedenheiten im Charakter beider Völker, und zu bewundern ist die Meisterhaftigkeit, mit der es römischer Jurisprudenz gelang, den Geist ihres Rechtes auch bei der Gestaltung jener Gemeinschaftsverhältnisse zu wahren, die ihm scheinbar entgegengesetzt sind.

Die oben bezeichneten Gesichtspunkte werden

wir auch hinsichtlich der Konstruktion der Mitvormundschaft als leitend finden.

Das gemeine Recht.

Wir sagten: gewöhnlich sei hier die Gemeinschaftlichkeit bei den einzelnen Instituten betrachtet worden. Unsere Mitvormundschaft nun ist in dieser Hinsicht recht stiefmütterlich behandelt.

Rudorff[1]) führt aus:

„Das eigentliche jus tutelae et curationis [steht] jedem einzelnen ungeteilt zu.“ Gegenüber gestellt wird dann „die Ausübung desselben“, die ursprünglich ebenfalls jedem ganz zustehe (aber geteilt werden könne).

Ähnlich Sintenis S. 257.

Ferner Windscheid[2]): Jeder Vormund ist auf die ganze Vormundschaft berufen, wobei dann die Verwaltung derselben geteilt oder ungeteilt sein kann.

Dass all dies keine Konstruktion ist, liegt auf der Hand. Das Problem selber: wie denn die ganze ungeteilte Vormundschaft mehreren zustehen könne, ist damit nicht getroffen; nur das sichtbare, in die Erscheinung tretende ist berührt. Für die Aufstellung von Arten ist das angemessen, eine Konstruktion ist es nicht[3]).

Schauen wir uns denn um nach einem anderen Institute, bei dem die Form der Gemeinschaftlichkeit

1) II, S. 231 ff.

2) III, S. 157 ff.

3) Auch bei dem allgem. Kapitel von der Mehrheit der Rechtssubjekte finden wir bei Windscheid nicht das eigentl. Problem behandelt, wie ein Recht mehreren zustehen könne, sondern nur: dass es das könne und dass dies für seine Ausübung Modifikationen mit sich bringe. Vgl. Windscheid I, § 51.

sich einer Bearbeitung zu erfreuen hatte, wie sie in ähnlichem Umfange in der gesamten gemeinrechtlichen Streitliteratur sich schwerlich wiederfindet: es ist die Gemeinschaft im Schuldrecht, die Korrealobligation Kellers und Ribbentrops.

Den Streit, der um sie entbrannt ist und die überaus starke Gegnerschaft, die sie erfahren hat, glauben wir vor allem auf zwei Hauptpunkte zurückführen zu dürfen. Einmal auf jenen, den wir schon andeuteten: dass man nicht die „Gemeinschaftlichkeit" in ihrer ganzen Bedeutung berücksichtigte, dass man sie so eingehend nur bei diesem einen Institute zu erforschen suchte, also von einem grossen Gebiete nur ein einzelnes Stück überschaute, dazu gerade eines, bei dem das eigentliche Problem sich wohl am schwierigsten enthüllt, weil hier zwischen Recht und Ausübung ebensowenig eine sofort scharf erkennbare Kluft liegt wie zwischen Recht und Anspruch; — gerade die Beweistatsachen für und gegen die Einheit waren aber Tatsachen der Ausübung, wie die litis contestatio.

Hieraus folgte dann der zweite Punkt: diese Rechtsfigur erschien als etwas so eigenartiges, dass sie selbst Ribbentrop[1]) als etwas „Befremdendes, dem Begriff der Obligation Widersprechendes" erklärte.

Auf dieser Unvereinbarkeit mit der Natur der obligatio als juris vinculum fusst denn als erster und stärkster Position der Widerstand der Gegner, die reich an Zahl die Korrealobligation in unserem Sinne überhaupt leugnen[2]).

1) S. 14—15.

2) Wir nennen hier von den Gegnern nur Crome in seinem System des bürgerl. Rechts II, § 139 und vor allem

Indem wir der Einheitstheorie folgen, die wohl als die vorherrschend gebliebene bezeichnet werden kann, die auch in den Quellen selber ihre Stütze hat, wo an zahlreichen Stellen von der „una obligatio“ gesprochen wird[1]), ähnlich wie z. B. l. 46 § 1 D. de admin. 26, 7 von der einheitlichen Mitvormundschaft als „individuum officium“; die im bürgerlichen Gesetzbuch ganz neue Ausgestaltungen erfahren hat[2]), sehen wir nun zu, wie denn die Einheit hier konstruiert wurde.

Die Annahme der Einheit selbst ist mehr eine Definition als eine Konstruktion. Bei der Definition blieben denn auch Keller und Ribbentrop noch stehen, wenn sie die Korrealobligation als eine „einheitliche Obligation mit mehrfachen subjektiven Beziehungen“ erklären[3]). Das ist nur eine Beschreibung,

---

Binder in seinem grossangelegten Werke „Die Korrealobligationen im röm. u. heutigen Recht“, beide auf dem Standpunkte der Mehrheitstheorie stehend. Konsequenter Weise tut sowohl Binder S. 595, wie auch, besonders scharf präzisierend, Crome l. c. S. 11 ff. den Schritt für das B. G. B., den ihre Stellungnahme zu der gemeinrechtlichen Kontroverse erfordert: sie sehen auch in § 432 B. G. B. nicht eine „Gläubigerschaft zur gesamten Hand“, sondern fassen ihn so auf, dass mehrere Einzelobligationen vorhanden sind, wobei für die Ausübung positivrechtliche Zweckmässigkeitsnormen geschaffen sind. — Hier des näheren auf ihre Gegenausführungen einzugehen, müssen wir uns naturgemäss versagen. (Vgl. aber zu Binder noch unten S. 159, N. 1.) Eine Entscheidung der Kontroverse ist nicht möglich; Einheitstheorie und Mehrheitstheorie stehen sich unversöhnt gegenüber.

1) Vgl. z. B. l. 3 § 1 D 45, 2.

2) Ebenso auf der aktiven (§ 432) wie der passiven Seite (vgl. z. B. Planck Vorbem. zu § 420 ff.; Matthiass Bd. I S. 482 und viele andere). Dagegen: Crome, l. c. S. 12.

3) Ribbentrop, S. 23 ff.

die auf alle Fälle der Gemeinschaftlichkeit passt; so ist die Mitvormundschaft eine einheitliche Vormundschaft mit mehreren subjektiven Beziehungen.

Unter den zahlreichen späteren Konstruktionsversuchen haben wir hier drei zu berühren: weil sie auf unsere Frage eine prinzipielle Antwort geben wollen, — nicht lediglich Beweistatsachen für die Einheit beischaffen.

Zwei davon beseitigen zunächst die Beschränkung der Erörterung auf das Gebiet des Schuldrechts, indem sie auch für das römische Recht den Grundsatz aufstellen, dass die Gemeinschaftlichkeit bei der Korrealobligation um nichts abweicht von der bei der Mitvormundschaft, bei Miterben: dass sie eine allgemeine Grundform ist. Zuerst tat dies Baron[1], später Brinz[2]). Ihre Konstruktion ist also eine prinzipielle; die dritte dagegen, von Fitting, ist nur bei Betrachtung der Korrealobligation aufgestellt. Alle drei tun den zunächst erforderlichen und einzig möglichen logischen Schritt; da es sich um eine Rechtseinheit handelt, so müssen, wie alle übrigen Bestandteile des Rechts einheitlich sind, auch die mehreren Personen zusammengefasst werden zu einem einzigen einheitlichen Subjekt, müssen als eadem persona erscheinen.

Dass diesen unumgänglichen Schritt auch die Quellen taten, das ergibt sich klar aus Stellen wie l. 9 pr. D. de pactis 2, 14: si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur, ut puta plures sunt rei stipulandi . . . . : unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. et cum tutores pupilli

1) Die Gesamtrechtsverhältnisse im röm. Recht; Mitvormundschaft: § 39.

2) Pand. II, § 235 ff.

creditoris plures convenissent, unius loco numerantur[1]).

Jetzt erst ist eine — äussere — Konstruktion gewonnen: den mehreren steht das Recht ganz und ungeteilt zu, und dies ist möglich, weil sie nur als eine Person, ein Subjekt gelten. Das Dass steht also fest: nun aber das Wie — denn über die innere Struktur des Verhältnisses ist damit noch nichts gesagt.

Dreierlei ist möglich:

1. Man kann die sämtlichen Personen zusammenfassen zu einer personenrechtlich verbundenen Einheit; also „addieren".

Dies ist die Lösung von Baron: er will sie sogar aus den Quellen nachweisen. Aber er tut damit nur den Schritt, den zu tun ihn das deutsche Recht gelehrt hatte. Sein Versuch, die „gesamte Hand" als römisch zu erweisen, ist von vornherein verfehlt; wir können hier auf das oben S. 15 f. Gesagte verweisen[2]).

2. Nun bleibt der Weg des Ausschlusses. Und zwar ist hier ein doppeltes möglich.

Man kann mit Fitting[3]) Alternativität annehmen, also Unbestimmtheit des Subjekts.

Fitting erhält so zwar eine Person und eine Obligation: und deshalb nennen wir ihn hier; zu den Vertretern der „Einheitstheorie" i. e. S. ist er nicht zu rechnen. Denn mit diesem Entweder-Oder gibt er

---

1) Vgl. weiter Brinz' Ausführungen I, S. 345 ff. und die zahlreichen dort zitierten Stellen.

2) Gegen Baron alle. Von den Germanisten: z. B. Gierke, Deutsch. Genoss.-Recht III, S. 130. Baron selbst gab seinen Standpunkt später auf.

3) Die Natur der Korrealobligation. Auch Girtanner, Koch sind hierher zu rechnen.

die Einheit in unserem dargelegten Sinne: das Auch, Zugleich, auf. Jedem soll ja das Recht zustehen: hier aber steht es keinem zu. Auch versagt diese Theorie, die nur für die Korrealobligationen aufgestellt ist, für die übrigen Institute[1]).

Die andere Lösung schlug Brinz vor[2]); man kann in jedem der mehreren zugleich jeden anderen sehen. Ein gegenseitiges Vertretungsverhältnis nimmt Brinz an; darin sei zu suchen, was bewirke, dass „jeder zum anderen als eadem persona behandelt werde".

Es ist nicht zu leugnen, dass diese Theorie vieles für sich hat, dass sie auch in den Quellen eine Stütze an manchen Orten anscheinend findet; so in der cit. l. 9 pr. D. de pact: unius loco numerantur[3]).

Allein um sie als römisch darzutun, dazu genügen diese Andeutungen auch nicht. Und schwerwiegend trifft sie das Bedenken, dass hier das von Brinz angenommene unwillkürliche Vertretungsverhältnis gar nicht vorliege, da ja gerade jeder stets das ganze für sich haben wolle — nicht aber auch zugleich im Namen der anderen, z. B. bei der Korrealobligation[4]).

Gemeinsam ist allen diesen Theorien, dass sie als römisch nicht zu erweisen sind. Das hat seinen Grund darin:

nur dass die Zusammenfassung zur eadem persona geschah, bezeugen die Quellen, wie sie geschah, —

---

1) Gegen Fitting z. B. Windscheid, Kr. V. J. Sch., S. 164 Bd. III, Samhaber S. 125 ff.

2) II, S. 167 ff.

3) Vgl. ferner l. 13 Cod. IV, 65: alieno nomine . . . . . ., l. 34 pr. D. 4, 8.

4) Gegen Brinz z. B. Windscheid, Krit. Überschau VI, S. 227—229, Samhaber S. 147—148.

davon sagen sie nichts. Statt strenger Quellenbeweise tritt somit logische Spekulation ein: daher die zahllosen Theorien, aus denen wir oben die drei uns als Hauptrichtungen erscheinenden anführten; noch jede dieser Theorien aber erhob Anspruch darauf, quellenmässig zu sein, und noch jede wurde in die Quellen „hineingelesen".

Es scheint also, dass wir darauf verzichten müssen, die innere Struktur des Verhältnisses im römischen Recht erforschen zu können und dass wir uns damit begnügen müssen, seine äussere Konstruktion zu kennen; ihren inneren Grund können wir nicht aufdecken, da alle Zeugnisse schweigen [1]).

---

1) Es liegt hier ähnlich wie bei der Zusammenfassung mehrerer zu einer einheitlichen, neuen Rechtspersönlichkeit, bei der Konstruktion der juristischen Personen im röm. Recht. Dass sie existierten, bezeugen die Quellen, wie sie zu denken, davon ist uns nichts berichtet. So stritt auch hier die Theorie um die Struktur eines Verhältnisses, dessen Konstruktion bekannt war. Bis in die letzten Dezennien war hier herrschend die sog. Fiktionstheorie, vgl. Zitelmann, Begriff und Wesen S. 12: „die . . . auch jetzt (1873) noch eigentlich herrschende Theorie von den fingierten Personen". Fiktion, also in Wahrheit das Zugeständnis, „dass in Wirklichkeit kein Subjekt da ist, während es nach dem Rechtsbegriff doch da sein müsste"; Zitelmann, l. c. S. 18. Die Theorie von der „realen Verbandsperson", die alsbald — unter ersichtlicher Einwirkung germanistischer Lehre — die Fiktionstheorie verdrängte, ist als römisch nicht zu erweisen.

Auch für unsere Frage könnte man ja die Möglichkeit einer Fiktion behaupten. So liesse sich das „unius loco numerantur, habentur" ja erklären: sie „gelten" als Einheit, — sind es aber nicht. Aus Windscheids Ansicht von der Korrealobligation II, S. 183, liesse sich auch die Fiktion herauslesen: „Das will sagen, dass bei einer Mehrheit von Gläubigern für den in der Obligation enthaltenen Rechtsbefehl der Wille eines jeden Gläubigers massgebend ist, als wäre er der einzige

Dies beruht auch hier, wie bei fast allen Gemeinschaftsverhältnissen, auf deutschrechtlichen Gedanken.

Ja, gerade unser Institut kann sich auf einen sehr alten Ahnen stützen: im ältesten Vormundschaftsrechte war es Regel. Dort war Vormund die Sippe, es bestand also eine Gesamtvormundschaft [1]). Später allerdings wurde es Regel einen Vormund zu bestellen [2]). Doch wirkte die Erinnerung an die Sippevormundschaft vielfach nach. So wurde in einzelnen Rechten die Bestellung mehrerer Vormünder zugelassen, in anderen sogar vorgeschrieben. Ein Beispiel dafür finden wir im Saarbrücker Landrecht von 1321 Kap. 6 § 1:

„Darum soll er ihne (der Vater den Kindern) setzen und kiessen zwen oder drey gutter erbar Männer zu Mompern .... ob ein Mann das saumpte ...., so sollen zwen Mann von den nechsten Magen .... Momper seyn ....“ [3]).

Gläubiger.“ Allein was von jener Fiktion galt, gilt auch von dieser: sie wäre gleichbedeutend mit dem Eingeständnis, dass keine Einheit da wäre. Und das ist keine Konstruktion.

1) Endemann, S. 938 N. 22 spricht die Mitvormundschaft geradezu als Ersatz für diese an; allein dem kann man nicht zustimmen: denn gerade die alte Gesamtvormundschaft wurde durch eine Person — als Bevollmächtigten — ausgeübt, die heutige dagegen von allen gemeinsam; auch war sie dort Regel, hier ist sie Ausnahme.

2) Für die gesetzl. Vormundschaft, die am leichtesten zur Konkurrenz mehrerer führte, war die Kollisionsnorm die Bestimmung des Vormundes durch das Majorat. Siehe Kraut I S. 166 f., S. 193 f., S.-Sp. I. 23: „Svar de sone binnen ihren jaren sin, ir eldeste evenburdige swertmach nimt dat herwede al ene und is der Kindere Vormund dar an.“

3) Kraut I, S. 224 u. 214.

Ähnlich auch in den Freiburger Statuten (ein, zwei oder mehr Vormünder), in Lübeck etc. [1]).

Und zwar fand hier nicht nur Gemeinschaftlichkeit des Rechtes, sondern auch der Ausübung statt [2]).

Dies erhielt sich vielfach auch nach der Rezeption [3]).

Und so ging das Institut auch ins B. G. B. über, wenn auch nur als Ausnahme.

Für das bürgerliche Gesetzbuch ist es durchaus deutschrechtlich zu konstruieren. Hier werden die mehreren Personen zu einem einzigen, einheitlichen Subjekt, der „Gemeinschaft zur gesamten Hand", zusammengefasst. Diese personenrechtliche Einheit ist Trägerin der vormundschaftlichen Gewalt [4]).

1) Stobbe-Lehmann S. 529.

2) Vgl. Stobbe-Lehmann S. 529 N. 36. Dagegen falsch Schultetus S. 125.

3) Vgl. Kraut I S. 252. Auch Dernburg, Das Vorm.-Recht der Pr. V. O. S. 10: man bestellte nicht ganz selten mehrere Vormünder.

4) Die gesamte Hand ist also die Form der Gemeinschaft; das A. L. R. (II, 18 § 113 ff.) hingegen unterstellte eine moralische Person. Vgl. Dernburg, Pr. V. O. S. 129.

Die Arten der Mitvormundschaft und ihre Behandlung.

§ 4.

Die Arten.

In die äussere Erscheinung tritt die Konkurrenz der Subjekte nicht beim Rechte selbst, sondern erst bei seiner Ausübung. So muss die Mehrheit der Vormünder Modifikationen mit sich bringen hinsichtlich der Stellung, die sonst die Vormundschaft dem Vormunde gibt.

Die Ausübung seiner Gewalt nennen wir technisch „Führung der Vormundschaft" (§ 1793 B. G. B), „administratio tutelae" im gemeinen Recht.

Arten der Mitvormundschaft aufsuchen heisst also: die Formen bestimmen, unter denen die Führung der Vormundschaft durch mehrere auftreten kann.

Und zwar die Führung jeder Art von Vormundschaft. Denn die Mitvormundschaft ist eine Form; eine Form der Vormundschaft überhaupt, wie die Mitberechtigung oder Mitverpflichtung eine Form der Berechtigung oder Verpflichtung überhaupt.

Die gefundenen Arten der Mitvormundschaft aber sind auf jede Art von Vormundschaft anzuwenden; dadurch entstehen dann nicht neue Arten der Mitvormundschaft[1]).

1) Die Lehre von der Mitvormundschaft gehört also in den allgemeinen Teil des Vormundschaftsrechts; wie die Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern in den allgemeinen Teil

Die Mitvormundschaft weist gegenüber der einfachen Vormundschaft zwei neue Elemente auf:

Hinsichtlich der Verwaltung: durch die Beteiligung der mehreren wird sie zugleich erleichtert und gewinnt an Sicherheit für den Mündel.

Allerdings stehen dem Schattenseiten gegenüber: sie wird leicht schwerfällig oder zerrissen.

Hinsichtlich der Kontrolle: eine solche ist der Natur der Sache nach unter mehreren Vormündern gegeben.

A. (Im Hinblick auf die Verwaltung.)

In derselben Art, in der einer Person ein Recht zusteht, steht ihr — primär — seine Ausübung zu.

Zunächst haben wir daher ebenso im gemeinen wie im heutigen Recht eine Mitvormundschaft mit gemeinsamer, ungeteilter Führung[1]).

Doch ist auch diese Gemeinschaftlichkeit der Ausübung verschieden: im gemeinen Recht steht ja jedem das ganze jus tutelae zu; daher hat auch jeder die volle Administration, so dass stets alle in Konkurrenz treten; hier sind dann „Kollisionsnormen“ erfordert.

---

des Rechts der Schuldverhältnisse. Das bürg. Gesetzbuch stellt hier nun zwar nicht äusserlich eine Trennung auf. Aber wie wir die ersten 6 Abschnitte des zweiten Buches als „allgemeinen Teil des Schuldrechts“ zusammenfassen, so sind auch die ersten 7 Paragraphen im Abschnitt „Führung der Vormundschaft“ (§§ 1793—1799) ersichtlich allgemeine Vorschriften.

1) Sog. „tutela indivisa“ des gemeinen Rechts. Ihr steht gegenüber die „tutela divisa“. Die Bezeichnungen sind ungenau: nicht die Tutel selber wird geteilt, sondern die administratio, die Ausübung der Tutel vgl. l. 36 D. 26, 7 und Rudorff I S. 241. — Für das B. G. B. entstehen durch die Teilung Sonderrechte des Einzelnen, wie solche ja in grösster Mannigfaltigkeit neben der gesamten Hand vorkommen und so diesem Institut eine ungewöhnliche Elastizität verleihen. Vgl. darüber Gierke, D. Priv. R. S. 676 ff.

Nach bürgerlichem Gesetzbuch dagegen steht Ausübung wie Recht der gesamten Hand als solcher zu: nur alle verbunden können eine Handlung vornehmen.

Diese Form ist zwar sehr sicher und gewährt dem Mündel eine äusserst günstige Stellung hinsichtlich der Haftung der Mitvormünder; aber die Erleichterung, welche die Mitvormundschaft gewähren kann, kommt hier kaum zur Geltung; im bürgerlichen Gesetzbuch im Gegenteil wird die Verwaltung leicht sehr schleppend.

Als natürliche zweite Art ergibt es sich daher, die Ausübung der vormundschaftlichen Gewalt unter die Vormünder zu teilen (tutela divisa); sei es nach sachlichen Bezirken für bestimmte Angelegenheiten, sei es nach örtlichen.

Aber in beiden Rechten ist, um die Sicherheit zu wahren, die Teilung nur auf ganz bestimmte, der Willkür der Vormünder entzogene Weise herbeizuführen. Praktisch entsteht so ein ganz ähnliches Verhältnis, als ob mehrere Pflegschaften nebeneinander bestellt seien[1]).

Allein hier zeigt sich vor allen die Bedeutung unserer Konstruktion: dem Rechte nach ist die Vormundschaft nicht geteilt[2]). Und dies hat wichtige Folgen. Im gemeinen Recht insbesondere basiert die gesetzliche Ehrenvormundschaft eines jeden Mitvormunds hierauf (vgl. unten), ferner eine Anzahl Einzelvorschriften, wie die, dass jeder Vormund passiv legitimiert ist. Pfleger waren das nur für ihren Bezirk.

1) Vgl. auch Motive S. 1045.

2) Vgl. l. 36 D. de admin. 26, 7: divisio tutelae . . . . modum administrationi facit . . . . .

Auch für das bürgerliche Recht ist der Unterschied von Bedeutung: sobald z. B. Angelegenheiten in Frage kommen, die in Keines begrenzten Wirkungskreis fallen, sind alle zusammen (gemeinschaftlich) legitimiert; Pfleger wären dann gar nicht legitimiert.

Diesen beiden Arten ist gemeinsam, dass alle Vormünder gleichberechtigt, koordiniert nebeneinanderstehen, jeder gleich dem anderen, sei es — mit einer bestimmten Beschränkung — aufs Ganze, sei es unbeschränkt auf einen Teil berechtigt.

Durch Kombination beider Arten lassen sich mannigfache Modifizierungen erreichen[1]); doch bleiben die oben angegebenen die Grundformen.

B. (Im Hinblick auf die Kontrolle.)

Die Beaufsichtigung des Vormunds bildet, wie oben S. 4 f. dargelegt, den Hauptinhalt des einen grossen Teils des Vormundschaftswesens: der Obervormundschaft. Wie oben schon erwähnt, bildete das römische Recht diese nur in ihren Anfängen aus; man schied nicht scharf die unmittelbare Fürsorge eines Vormunds von der beaufsichtigenden Tätigkeit des Obervormunds; daher sind dort zwei Institute noch ungetrennt, die heute aufs genaueste auseinanderzuhalten sind: die Mitvormundschaft und die Gegenvormundschaft.

Wollte man dort einen beaufsichtigenden Gegenvormund ernennen, so musste man ihn zunächst zum (scil. verwaltenden) Vormund bestellen und dann seinem Mitvormund allein die Verwaltung übertragen;

---

1) Indem z. B. ein Hauptvormund und mehrere Teilvormünder nebeneinander gestellt werden, sodass in jedem Bezirk je ein Teilvormund und der Hauptvormund gemeinschaftlich verwalten. Vgl. unten S. 46.

man unterschied so die tutores gerentes von den tutores honorarii[1]).

Kraft Gesetzes waren stets Mitvormünder bei tutela divisa honorarii für alle nicht ihnen zugeteilten Bezirke. Dies konnte zu Härten führen, weil die beaufsichtigende Tätigkeit die Entlastung, die dem Tutor durch die Teilung erwächst, fast wieder illusorisch machen kann und seine Verantwortung eine grosse bleibt. —

Im gemeinen Recht haben wir also als dritte Art die Trennung in Haupt- und Gegenvormundschaft zu betrachten.

Im bürgerlichen Gesetzbuch sind — anschliessend an die Entwickelung der Obervormundschaft in Deutschland — die Mitvormundschaft und die Gegenvormundschaft reinlich geschieden.

Vormund ist hier nur, wer die unmittelbare Fürsorge hat. Der Gegenvormund ist hier überhaupt nicht „Vormund", sondern von vornherein lediglich Aufsichtsorgan. Er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Mündels und verwaltet niemals.

1) Noch wird in den Quellen der tutor notitiae causa datus genannt. Seine Stellung ist zweifelhaft. Manche zählen ihn als dritte Art von Vormündern, so Glück, Bd. 29 S. 191 ff.; andere rechnen ihn ganz den gerentes zu (Zoepfl § 11), wieder andere den honorarii (Windscheid S. 158 N. 3). Am besten vereinigt wohl die widersprechenden Stellen l. 32 § 1 D. 26, 2 und l. 1 C. V, 38; Rudorff II S. 239 f. Der not. causa datus tutor kann sowohl als gerierender Vormund eingesetzt sein (l. 32 § 1 D. l. c.) wie auch lediglich als honorarius (Kodexstelle), aber in beiden Fällen mit der Modifikation, dass er die anderen instruieren muss. — Für das gemeine Recht ist ihre Stellung kein Anlass zu Streitfragen: sie sind nur gerentes, wenn ihnen die gestio übertragen (R. P. O. Tit. 32 (31) § 2), sonst honorarii. Vgl. unten S. 52 N. 2 und Sintenis S. 268 Nr. 29.

Er soll nur einerseits den Mündel sichern, andererseits das Vormundschaftsgericht unterstützen, und zwar nicht einfach als vollziehendes, sondern als selbsttätiges Hilfsorgan; er ist also ein Organ der Obervormundschaft, wie das Vormundschaftsgericht und der Gemeindewaisenrat solche sind, und wäre daher systematisch neben diesen zu behandeln [1]).

Auch bei mehreren Mitvormündern muss daher, wenn ein Gegenvormund da sein soll, immer ein solcher noch besonders ernannt werden; bei gemeinschaftlicher Führung ist dies nie nötig, es kann hier aber — gerade im Gegensatz zum gemeinen Recht — keiner der Mitvormünder selber sein [2]).

Bei geteilter Führung gelten wieder die allgemeinen Regeln: hier kann jeder zum Gegen-

1) Gewöhnlich wird er neben dem Vormund und Mitvormund behandelt. Als Hilfsorgan des Vormundschaftsgerichts im oben dargelegten Sinne bezeichnen ihn z. B. Dernburg Pr. V. O. S. 144, Endemann S. 948 u. 962 („aufsichtführendes Organ"), Schroeder-Mugdan S. 1, Boehm S. 141, Schilgen S. 43, Staudinger N. 5 zu § 1792, Matthiass Bd. II S. 377: „Organ des Vormundschaftsgerichts". Matthiass l. c. verweist darauf, dass der Gegenvormund in einzelnen Fällen an der Verwaltung selbst beteiligt sei; das ändert an der im Text vertretenen Ansicht jedoch nichts. Denn einerseits trifft dies in ganz gleicher Weise auf das Vormundschaftsgericht zu, das ja auch gewöhnlich an Stelle eines fehlenden Gegenvormunds tritt, und andererseits beschränkt sich diese Teilnahme auf die Ergänzung der Legitimation des Vormundes, ist also nur eine wirksame und unmittelbare Handhabe zur Verhinderung. Das Erfordernis der Genehmigung (nach § 1806—10, 1812, 1824 etc.) wie auch die unmittelbare Aufsicht nach § 1802 sind mithin lediglich ebenfalls Akte der Obervormundschaft. Nur um graduelle Unterschiede handelt es sich.

2) Da er bei der Gemeinschaftlichkeit des B. G. B. sonst seine eigenen Handlungen zu beaufsichtigen hätte.

vormund des anderen ernannt werden, vgl. § 1792 Abs. 2 und 3, ist dann aber für das eine Gebiet ausschliesslich Mitvormund, für das andere ausschliesslich Gegenvormund: dies sind zwei Ämter[1]).

Auch bei der Gegenvormundschaft ist eine Subjektsmehrheit möglich. Im gemeinen Recht war diese ja von selbst gegeben (wenn mehrere Mitvormünder zu geteilter Verwaltung vorhanden waren). Bei uns wird sie selten sein, kann aber vorkommen[2]).

In Ermangelung positiver Regelung hätten wir dann auf diese „Mitgegenvormundschaft" die Vorschriften über die Mitvormundschaft entsprechend anzuwenden[3]).

Die rechtliche Behandlung.

§ 5.

Wie kann eine Mitvormundschaft entstehen?

Ein grundsätzlicher Unterschied besteht hier für das gemeine Recht und das bürgerliche Gesetzbuch. Dort ist die Mitvormundschaft eine häufige Erscheinung,

---

1) Es liegen zwei gesonderte Berufungen vor. Man kann also z. B. das zweite Amt (Gegenvormundschaft) event. nach § 1786 Ziffer 8 ablehnen dürfen, das erste nicht. — Anders im gemeinen Recht. Hier lag auch in ob. Falle nur eine Berufung und ein Amt vor. Vgl. unten S. 51 ff., bes. 52 N. 1.

2) Dernburg, Bürg. Recht S. 338, Pr. V. O. S. 147 leugnet dies. Allein es ist kein Grund vorhanden, die Zulässigkeit zu bezweifeln. Schon aus § 1792 Abs. 3 lässt sie sich herleiten. So auch schon für die Pr. V. O. zur entsprechenden Bestimmung des § 26: Neumann S. 53, Wachler S. 96 und für das B. G. B.: Planck § 1792 N. 2, Endemann S. 948, Piller S. 4 zu § 1792; Fuchs S. 100 fg. macht mit Recht geltend, nach § 1792 Abs. 4 finde ja § 1775 (Bestellung von Mitvormündern bei besonderen Gründen) auf den Gegenvormund Anwendung.

3) Vgl. ferner unten S. 52 N. 1.

deren Entstehung zu hindern man nicht versuchte; im heutigen Recht dagegen ist sie Ausnahme, man steht ihr ablehnend gegenüber.

Hinsichtlich der Berufung, Fähigkeit, Ablehnung u. s. w. gilt natürlich, da jeder Mitvormund eben Vormund ist, das Allgemeine. Für die Bestellung der mehreren zugleich aber gelten folgende Regeln.

Im gemeinen Recht sowohl[1]) wie im bürgerlichen Gesetzbuch haben wir nur eine Dativvormundschaft.

In beiden Rechten ist aber die Behörde, bevor sie nach eigenem Ermessen wählen darf, an die Bestellung gewisser durch Testament oder Gesetz berufener Personen gebunden.

a) Testamentarisch können dort wie hier mehrere berufen sein; nur wenn das Interesse des Mündels gefährdet würde, darf eine Mitvormundschaft nicht eingerichtet werden[2]). Insbesondere kann auch die Zahl reduziert werden.

b) Gesetzlich berufen war man im gemeinen Recht nach den Regeln der Erbfolgeordnung[3]) mit einigen Modifikationen, vor allem nur Männer).

Es konnten also mehrere Verwandte gleichen Grades konkurrieren, was zur Mitvormundschaft führte.

Da bei uns nur die Grossväter gesetzliche Vormünder sind und hierbei der von väterlicher dem von mütterlicher Seite vorgeht, ist eine Mitvormundschaft aus diesem Grunde nicht möglich. (Vgl. § 1776 Z. 3 und 4.)

c) Nach Wahl der Behörde konnte im gemeinen Recht beliebig ebenso wie eine Einzelvormund-

1) Vergl. z. B. Dernburg, Pandekten S. 82.

2) l. 3 § 1 und 3 D. 26, 7; vgl. auch Windscheid S. 116 ff. B. G. B. § 1776—78.

3) Vgl. bei Windscheid S. 117.

schaft auch eine Mitvormundschaft eingerichtet werden. Nach bürgerlichem Gesetzbuch § 1775 dürfen mehrere Vormünder nur bei besonderen Gründen bestellt werden [1]).

Die Zahl der Mitvormünder ist in beiden Rechten unbeschränkt; doch kommt hier eventuell die Haftung des Vormundschaftsrichters in Betracht, und ferner vgl. auch das zu a am Ende Gesagte.

Das bürgerliche Gesetzbuch schränkt aber das Recht des Berufenden dadurch noch ein, dass

a) neben einem „berufenen Vormund" nur mit seiner Zustimmung ein Mitvormund überhaupt bestellt werden darf,

b) wer zur Mitvormundschaft zu ungeteilter Verwaltung bestellt wird, stets aus diesem Grunde ablehnen darf [2]).

Als Obersatz für die Stellung des Vormundes lässt sich sowohl für das gemeine Recht wie für das bürgerliche Gesetzbuch der Grundsatz aufstellen, der im § 1793 des B. G. B. statuiert ist:

„Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten."

Wir betrachten dies zunächst in Rücksicht auf die Rechtseite.

1) Solche sind z. B: Grundstücke des Mündels in verschiedenen Gerichtsbezirken (Planck zu § 1775), oder schwierige Vermögensverwaltung, Erforderlichkeit von Spezialkenntnissen, Kolonialvermögen.

2) Auch mehrere Geschwister stehen nur unter einem Vormund, also in einheitlicher Vormundschaft. Diese bleibt auch einheitlich, wenn Mitvormünder bestellt sind, und auch, wenn unter diese die Verwaltung so geteilt ist, dass jeder einem der Geschwister vorsteht.

Das Amt der Vormünder nach seiner Rechtseite.

§ 6.

Die Führung der Vormundschaft überhaupt[1]).

Der Vormund hat das Recht, alle Angelegenheiten des Mündels zu besorgen. Diese „Besorgung“ nimmt häufig den Charakter der Vertretung an, zu der also dem Vormund kraft Gesetzes die Legitimation verliehen ist. Als besonderer Zweig der Geschäftsführung wurde ferner im gemeinen Recht noch die auctoritatis interpositio bezw. der consensus abgehandelt[2])[3]).

a) Inhaltlich zerfällt die Besorgung der Mündelangelegenheiten in solche, die die Person, und solche, die das Vermögen betreffen.

Die Sorge für die Person steht heute dem Vormund in gleicher Weise zu, wie dem Inhaber der elterlichen Gewalt[4]).

Für das gemeine Recht war sie weniger umfassend, allein seit den Reichspolizeiordnungen kam sie der heutigen annähernd gleich[5])[6]).

---

1) „Administratio tutelae“ im Gegensatz zur „administratio rerum seu gestio“, der Vermögensverwaltung, die nur einen Teil jener ausmacht. Diese verschiedenen Bedeutungen des Wortes „administratio“ kamen nicht immer klar zur Geltung. Gut bei Brinz III S. 810.

2) Besonderer Digestentitel: „de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.“ D. 26, 8. Windscheid III S. 149 nennt Vertretung und consens die „formale Seite der rechtlichen Tätigkeit des Vormunds“. — 3) Wir behandeln hier die Führung nur soweit, als wir es für unsere Untersuchung brauchen; ihr materieller Inhalt im einzelnen ist hier nicht darzulegen.

4) B. G. B. § 1800. 1801.

5) Nach Titel 32 (31) § 3 musste der Vormund schwören, dass er der Mündel „Personen und Güter versehen und verwahren“ wolle.

6) Die Wahl eines Erziehers und die Bestimmung des

Die Sorge für das Vermögen ist in beiden Rechten eine umfassende: ihr unterliegt das gesamte Vermögen [1]).

Doch ist der Vormund im Einzelnen, besonders bei Verfügungen, eingeschränkt [2]).

Die Handlungen des Vormunds sind auf beiden Gebieten teils rein tatsächlicher, teils aber rechtlicher Natur. Unter letzteren kommen insbesondere in Betracht die der

b) Vertretung. Im römischen Recht war wegen der Unzulässigkeit direkter Vertretung dies Gebiet ziemlich beschränkt; das wichtigste war wohl die Prozessvertretung [3]. Im übrigen musste der Vormund teils als „Ersatzmann" handeln (also wie unter a), teils den Mündel handeln lassen und nur mitwirken (also wie unten unter c). Doch gab man im späteren Recht oft schon dem Mündel aus Rechtsgeschäften des Vormunds eine actio utilis [4]).

Im gemeinen Recht [5]) und bürgerlichen Gesetzbuch dagegen haben wir als Prinzip die Zulässigkeit

---

Aufenthalts des Mündels lag in erster Linie der Obervormundschaftsbehörde vor dem Vormunde ob.

1) Im gemeinen Recht galt der Satz: tutor . . . . domini loco haberi debet; l. 27 D. de adm. 26, 7. Vgl. auch l. 56 § 4 D. de furt. 47,2.

2) Vor allem durch Beschränkung seiner Vertretungsmacht, indem Genehmigung des Aufsichtsorgans erfordert wird. Im römischen und gemeinen Recht auch durch Veräusserungsverbote (z. B. die oratio Severi).

3) Vgl. l. 1 § 2, l. 2 pr. D. de adm. 26, 7.

4) Vgl. z. B. l. 9 pr. D. 26, 7 für die Stipulation.

5) Vgl. hierzu Glück III S. 476 ff. S. 438—40. Sintenis S. 178 ff. in Anm. 1. Rudorff II S. 319 ff. Nachdem die Schranken des Verbots gefallen, waren einfach die römischen Fälle zu verallgemeinern.

direkter Stellvertretung. Nur noch wenige Angelegenheiten (meist familien- oder erbrechtliche) muss der Mündel selbst vornehmen.

Zur Vertretung ist aber der Vormund legitimiert im selben Umfange, in dem er zur Besorgung von Angelegenheiten berechtigt ist. Denn auch die Vertretung ist „Sorge für den Mündel“[1]).

Nur durch einzelne Spezialvorschriften sind hier Ausnahmen gemacht.

c) Insbesondere die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften des Mündels.

Die auctoritatis interpositio des Tutors wurde in Deutschland gar nicht praktisch[2]). Hier ist vielmehr im gemeinen Recht die Form der Mitwirkung stets ein formloser consensus, bei uns „Zustimmung“. Materiell steht diese Mitwirkung aber nicht dem consensus des Kurators in Rom, sondern der auctoritatis interpositio gleich. Denn wie diese soll sie die Handlungsfähigkeit eines beschränkt Geschäftsfähigen ergänzen; dabei ist keine Unterscheidung der Mündel mehr in impuberes (infantia majores) und puberes; alle minores sind in beiden Rechten gleich beschränkt in der Geschäftsfähigkeit[3]).

1) § 1793: „inzbesondere“ . . . . Vgl. auch Staudinger § 1797 N. 3, 6, 7.

2) Brinz III S. 809. Rudorff II S. 318. Dernburg Pr. V. O. §. 4.

3) So seit den R. P. OO. Anders in Rom. Dort war der pubes voll handlungsfähig, aber — soweit ein curator vorhanden — nicht verfügungsberechtigt. Der consensus ersetzte daher einfach eine fehlende Vollmacht. Brinz III S. 869 N. 6 macht mit Recht darauf aufmerksam, der Mündel sei hier „Stellvertreter seiner selbst“, und er nennt daher diesen consensus eine besondere Art der Zustimmung, die der Vollmacht koordiniert sei.

Der gemeinrechtliche consensus, unsere Zustimmung können nun erteilt werden sei es zu einer Handlung, die eigentlich der Vormund selbst vornehmen sollte, die er aber den Mündel vornehmen lässt, sei es zu einer Handlung, die dem Mündel höchstpersönlich vorbehalten ist, zu der er aber der Genehmigung des Vormunds bedarf. Immer erteilt der Vormund dann den Consens als gesetzlicher Vertreter[1]), und für seine Legitimation in solchem Falle gilt daher dasselbe wie zu b: sie reicht soweit, als er Angelegenheiten des Mündels besorgen darf[2]).

Wir brauchen also nicht, wie dies im gemeinen Recht geschah, die Trennung zwischen diesen verschiedenen Arten der Geschäftsbesorgung beizubehalten, sondern können alles übrige ableiten, wenn wir wissen, wie es um die Administration (i. w. S.) steht.

§ 7.

Tutela indivisa.

Das gemeine Recht.

Jeder Mitvormund hat hier die volle Ausübung der vormundschaftlichen Gewalt, also auch die Befugnis zur Besorgung aller Geschäfte[3]). Wo daher für den Mündel eine Angelegenheit der Erledigung bedarf, kann jeder Vormund dieselbe sofort regeln, ohne vorher seine Genossen befragen zu müssen.

Die ungemeine Erleichterung der Verwaltung, die hieraus zu resultieren scheint, ist aber eben nur eine scheinbare. Denn sowie eine Angelegenheit zwei Vormündern zugleich vorliegt, steht Recht gegen

1) Vgl. z. B. B. G. B. §§ 107, 131 Abs. 2, 1304, 1437 Abs. 2.
2) Vgl. auch Staudinger § 1793 N. 3.
3) l. ult. Cod. de auct. praest. V, 59.

Recht, und Verwickelungen sind unvermeidlich. Ferner wird die Führung der Geschäfte leicht uneinheitlich und zerrissen, das Gefühl der Zusammengehörigkeit leicht aufgehoben; für die Güte der Verwaltung besteht also geringe Sicherheit.

Daher ist es notwendig, hier Vorsorge zu treffen. Wir haben vor allem zwei Grundsätze zu erwähnen, die wir direkt aus dem Begriffe der Gemeinschaftlichkeit ableiten können: wenn auch jeder die volle Ausübung der Gewalt hat, so findet dies doch seine Grenze am Rechte des Genossen.

a) Daher hat jeder Mitvormund gegenüber den Handlungen jedes anderen ein Verbietungsrecht[1]).

b) Zu einem Akte, durch den die ganze Tutel aufgehoben wird, müssen alle Contutoren zusammenwirken, z. B. zur Arrogation des Mündels durch einen Dritten [2]).

---

1) l. 7 § 3 D. 27, 10. Gegen die Ausdehnung dieser Stelle, die nur vom curator furiosi spricht, vor allem Baron, S. 414—15, Rudorff II S. 232. Dafür die herrschende Lehre z. B. Windscheid II S. 159 N. 9, Dernburg, Pand. III S. 79, Glück, Bd. 30 S. 359. Sintenis S. 151 N. 4 (es träte sonst Haftung eines Mitvormunds wider Willen ein; für uns allerdings nicht beweisend, vgl. unten S. 60 N. 3). Es wäre sonst eine einigermassen ordnungsmässige Geschäftsführung ausgeschlossen, da z. B. ein Mitvormund dem Mündel gewähren könnte, was der andere versagte. Allerdings besteht die Gefahr, dass die Geschäftsführung durch solch ein liberum veto lahmgelegt werde, dann muss die Obervormundschaftsbehörde eingreifen.

2) l. ult. C. V 59 in f. Diesen Rest eines Zusammenwirkens liess Justinian, der mit der cit. Konstitution den früheren Zustand aufhob, bestehen. Vorher mussten legitimi und sine inquisitione dati tutores schlechthin zusammen auktorieren. Baron (S. 415 bei und in N. 2) scheint dies als Gesamthandsverhältnis angesehen zu haben, während es lediglich eine personenrechtlich nicht verbundene Summe mehrerer darstellt.

Es dürfte nicht unangebracht sein, hier hinzuweisen auf ähnliche Sicherungsgrundsätze im heutigen Recht, für Gemeinschaftsgestaltungen, die äusserlich obiger ähnlich sind: für Gemeinschaften zur gesamten Hand mit ausgeprägten Sonderrechten. Für das bürgerliche Gesetzbuch wäre als Beispiel etwa zu nennen:

zu a) § 866: bei Mitbesitz zur gesamten Hand darf jeder die tatsächliche Gewalt nur soweit ausüben, „als es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauches handelt".

zu b: § 432, Gläubigerschaft zur gesamten Hand. Diejenige Ausübungshandlung, welche die ganze Obligation aufhebt, die Annahme der Leistung, kann nur durch alle Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen.

Das bürgerliche Gesetzbuch.

Hier muss jede Handlung von allen Mitvormündern zur gesamten Hand vorgenommen werden (§ 1797 Abs. 1).

Dabei sind 2 Elemente zu unterscheiden:

1. die Willensbildung.

Grundsätzlich muss jeder Vormund zustimmen, damit der Gesamtwille entstehe. Es hätte also jeder die Möglichkeit, durch Nichtbeitritt jede Handlung zu verhindern [1]. Auch hier muss daher, damit eine Geschäftsführung überhaupt möglich werde, Vorsorge getroffen werden.

a) Wenn nicht besonderes bestimmt ist, so entscheidet das Vormundschaftsgericht. § 1797 Abs. 1 Satz 2.

Über die Bedeutung dieses Satzes sind Zweifel

1) Man vergleiche mit dieser passiven Verhinderung das aktive Verbietungsrecht im gem. Recht S. 38.

entstanden. Die meisten Ausleger[1]) nehmen mit den Motiven S. 1904 an, das Gericht könne nur einer der streitigen Meinungen beitreten, nicht aber selbst eine neue aufstellen, es sei denn, dass ein Grund zum Einschreiten wegen Pflichtwidrigkeit nach § 1837 vorliege.

Allein mit Dernburg und anderen[2]) können wir dem Gericht eine selbständige Meinung zusprechen. Die Bedenken dagegen sind nicht schwerwiegend genug, um die gegnerische Ansicht zu stützen; sie beruhen vor allem in einer allzu ängstlichen Beobachtung des Satzes: Der Vormund ist selbständig.

Der Haupteinwurf trifft gar nicht zu: durch diese Entscheidung wird das Gericht gar nicht zum Vertreter des Mündels; es wirkt vielmehr nur auf die Willensbildung entscheidend ein, also rein materiell, und dies ist wohl ein Eingriff in die vormundschaftliche Selbständigkeit; aber die Vornahme der Handlung, die Vertretung, geschieht auch hier durch die Vormünder. Vgl. 2.

Dernburgs treffliche Ausführungen hingegen scheinen uns ausschlaggebend. Das Gesetz sagt zwar nichts: „entscheidet" lässt sich in beiderlei Sinne deuten; aber nachdem das Gesetz das Gericht hier so frei gestellt hat, nachdem dieses auch beliebige Kriterien für eine Entscheidung aufstellen kann (§ 1797 Abs. 1 Satz 2), ist nicht abzusehen, warum das Gesetz nicht diese durchaus treffende und zweckmässige Lösung zulassen

---

1) So Planck, § 1797 N. 1, Staudinger N. 4b, Endemann S. 938 N. 24, Schröder-Mugdan S. 244, Fuchs S. 93, Boehm S. 77, Schilgen S. 42, Matthiass S. 376 Bd. II, Philler N. 2 zu § 1797, Richter S. 102. Und für die Pr. V. O.: Eccius S. 8, Neumann S. 84, Schlecht S. 752, 755.

2) Dernburg bürgerl. Recht S. 336 mit N. 4 u. 5; S. 385—88, Schultetus S. 125, Scherer S. 424, Mayer-Reis S. 225 N. 3.

sollte, warum es vielmehr das Gericht nötigen wollte, statt eines vernünftigen Mittelweges eventuell ein sehr unvernünftiges Extrem zu wählen.

b) Es kann aber sowohl von dem berufenden Elternteil wie vom Gericht selbst bei der Bestellung — also nicht nachher; auch spätere Änderung ist unmöglich — etwas anderes bestimmt[1]) werden, z. B. dass Stimmenmehrheit entscheiden solle[2]), oder dass ein Mitvormund die ausschlaggebende Stimme haben sollte[3]).

2. Die Vornahme der Handlung. Nachdem so ein massgebender Wille zustande gekommen ist, müssen alle gemeinschaftlich die Handlung vornehmen. Dies gilt auch von den Überstimmten[4]); denn Satz 1 Absatz 1 § 1797 ist überhaupt nicht abänderbar: Satz 2 bezieht sich nur auf Meinungsverschiedenheiten[5]). „Gemeinschaftlich", darunter versteht das bürgerliche Gesetzbuch „zu gesamter Hand"; die Natur dieses Institutes ist also bestimmend. Dies kommt in Betracht für die Entscheidung folgender Kontroverse: ob eine Handlung, wenn nur von einigen der Mitvormünder vorgenommen, wirksam werden könne durch Zustimmung der übrigen?

Hier sind drei Meinungen aufgestellt worden.

Fuchs[6]) bejaht die Frage, und zwar nur für den

1) § 1797 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3.

2) Dies war die Regel nach A. L. R.

3) Ähnlich für das gemeine Recht l. 47 pr. D. 26, 7, vgl. Glück Bd. 30 S. 359.

4) Von einer Verantwortlichkeit für die Handlung sind sie selbstredend frei. Vgl. unten S. 60.

5) Eine Bestimmung, es solle nach der Regel des gem. Rechts gehandelt werden, ist daher unzulässig.

6) S. 93.

Fall, dass die Handelnden zugleich im Namen der anderen gehandelt haben.

Endemann[1]) verneint dies; die gesamte Hand sei eine „Verbandsperson", nicht nur die Summierung von einzelnen; die Person des Berechtigten sei die Gesamtheit.

Planck[2]) endlich verlangt, dass jeder einzelne die Handlung tatsächlich vornehme; erst mit der Handlung des letzten trete die Wirkung ein.

Wir halten Fuchs Meinung für die richtige. Endemanns Einwurf geht eigentlich gar nicht gegen Fuchs, denn dieser unterscheidet ja ausdrücklich, ob die Handelnden als Stellvertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten sind oder nicht; und nur im ersten Falle bejaht er. In diesem ist aber von Summierung keine Rede; eine solche liegt hingegen bei Plancks Meinung vor, die daher abzuweisen ist. Nach Fuchs' Annahme liegt vielmehr vor ein behauptetes, aber nicht vorhandenes Handeln der Gesamtheit.

Wo findet sich nun aber im bürgerlichen Gesetzbuch der Satz, dass die gesamte Hand auch immer „persönlich" handeln müsse, und nicht [wie einen Dritten, auch] einen Gesamthänder bevollmächtigen könne?

Nein. Einige Gesamthänder können die übrigen bevollmächtigen, damit handeln sie selbst; und die Bevollmächtigten treten auf für die gesamte Hand.

Handeln nun einige Vormünder als bevollmächtigt, ohne es zu sein, so gelten die allgemeinen Regeln der §§ 177 ff; ganz genau so, wie wenn ein Dritter für die gesamte Hand aufträte und alle zustimmten. Die

1) S. 938 N. 23; ebenso Schlecht S. 754 mit mangelhafter Begründung.

2) § 1797 N. 1.

Genehmigung schliesst aber zugleich die zur Willensbildung erforderte Zustimmung ein[1][2]). —

Ausnahmsweise aber ist Gemeinschaftlichkeit nicht erfordert:

1. Die Beschwerde aus § 58 Abs. 1, § 63 G. F. G. steht jedem Vormund allein zu.

2. Im Zivilprozess[3]) genügt Zustellung an einen Vormund, § 171 Abs. 3 Z. P. O.

Die Geschäftsführung durch alle ist natürlich von einer ausserordentlichen Sicherheit; daher gewährt das Gesetzbuch für diesen Fall Erleichterungen bezüglich der sonst nötigen Kontrolle[4]).

§ 8.

Bevor wir nun die anderen Arten der Mitvormundschaft betrachten, müssen wir eine Vorfrage erledigen: nämlich die, wie sie entstehen können.

Wir haben hier wieder ähnliche Grundsätze für das gemeine und das heutige Recht.

Die Mitvormundschaft zu ungeteilter Führung ist von selbst gegeben; jede andere Art setzt einen besonderen Akt voraus, der die nähere Regelung trifft.

Dieser Akt nun kann niemals bestehen in einer

1) Die meisten Ausleger (z. B. Dernburg, Bürg. Recht, S. 336) bejahen die Frage unter Bezugnahme auf § 177 ff., setzen also Fuchs' Fall. — 2) Selbstverständlich handelt es sich hier nur um Bevollmächtigung zu einer einzelnen Handlung. Die ganze Verwaltung oder auch nur ganze Teile derselben kann ein Vormund nicht anderen überlassen, ohne sich haftbar zu machen.

3) Aber auch nur dort Vgl. z. B. § 16 Abs. 1 G. F. G.

4) Vgl. z. B. § 1792 Abs. 2: es ist niemals ein Gegenvormund erforderlich § 1810, 1812: die bei Fehlen eines Gegenvormunds sonst nötige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht nicht nachgesucht zu werden.

einfachen Vereinbarung unter den Vormündern[1]). Hierdurch wäre ihrer Willkür und der Unsicherheit der Rechtsverhältnisse Tür und Tor geöffnet.

Vielmehr hat eine solche Abmachung im gemeinen Recht nur ganz private Wirkung: es tritt dadurch nur eine „Verteilung der Arbeit, nicht der Rechtsverhältnisse ein“[2]).

Im heutigen Recht hingegen wäre jede Handlung, die ein einzelner auf Grund solchen Abkommens vornähme, nichtig oder doch dem Mündel gegenüber unwirksam. Es käme also zu gar keiner Verwaltung, weshalb das Vormundschaftsgericht einschreiten müsste.

Es ist stets ein Dekret der Obervormundschaftsbehörde erforderlich[3]). Diese ist hierbei aber

a) zunächst an eine etwaige testamentarische Vorschrift gebunden. Abweichungen sind nur statthaft, falls das Interesse des Mündels sonst gefährdet würde[4]).

b) Im gemeinen Recht sind sodann die Wünsche der Vormünder selber zu berücksichtigen[5]). Insbesondere bleibt es, wenn sich alle gegen eine andere Regelung aussprechen, bei der Gemeinschaftlichkeit.

Im heutigen Recht kann das Gericht die Vormünder befragen, ist aber an deren Vorschläge nicht gebunden.

Dies ist aber für die Vormünder nur insoweit

---

1) l. 5 D. 27, 8; l. 2, 3 C. V. 52; l. 55 § 2 D. 26, 7 § 1797 Abs. 2 Satz 1 B. G. B.

2) So Rudorff II S. 240. Ähnlich Glück Bd. 29 S. 181, Sintenis S. 265, Windscheid S. 160.

3) l. 3 § 6 D. 26, 7 (für testamentarische Vormünder), l. 5 § 2 D. 26, 4 (für die anderen) B. G. B. § 1797 Abs. 2.

4) l. 3 § 1 u. 3 D. 26, 7; l. 55 § 4 D. eod. § 1797 Abs. 3 B. G. B.

5) l. 3 § 6 D. 26, 7; l. 4 D. eod.

nachteilig, als es sich um das Wie, nicht um das Ob der Teilung handelt; denn falls das Gericht nicht teilen will, kann jeder nach § 1786 Abs. 1 Z. 7 ablehnen.

c) Liegen keine bindenden Willensäusserungen vor, so entscheidet die Obervormundschaftsbehörde nach freiem Ermessen[1][2].

Die Regelung, die auf diese Weise entstanden ist, kann im gemeinen Recht nicht mehr geändert werden[3].

Anders im bürgerlichen Gesetzbuch. Hier braucht das Gericht die Teilung nicht schon bei der Bestellung eintreten zu lassen, daher auch nicht nur bei ihr, sondern es kann später beliebige Änderungen vornehmen[4].

Allein auch hier ist dem Vormund ein Hülfsmittel gegeben: wenn das Gericht später die Teilung überhaupt aufhebt, so kann nach § 1889 in Verbindung mit § 1786 Abs. 1 N. 7 jeder Mitvormund seine Entlassung fordern.

§ 9.

Tutela divisa.

Die sämtlichen vormundschaftlichen Geschäfte werden in Gruppen eingeteilt, und jedem Vormund wird eine solche zugewiesen. Die Scheidung kann

1) l. 3 § 7 D. 26,7, B. G. B. § 1797 Abs. 2. — 2) Antiquiert schon für das gemeine Recht ist die römischrechtliche ipso-iure Wirkung einer Teilung im Testament: l. 2 C. V, 52; ferner das Erbieten eines Mitvormundes zur Satisdation, um dadurch die anderen zu honorarii zu machen.

3) Vgl. Sintenis S. 265 Nr. 12 S. 267. — Dort bestand nicht das Hilfsmittel der Ablehnung für den Vormund. — Ähnlich ja heute die Regelung der Meinungsverschiedenheiten bei tutela indivisa, § 1797 Abs. 1. Vgl. oben S. 41.

4) Vgl. § 1797 Abs. 2 im Gegensatz zu 1 und vor. Anmerkung a. E.

geschehen vel per partes vel per regiones[1]). Unter der Teilung nach sachlichen Bezirken erwähnt das bürgerliche Gesetzbuch diejenige in Angelegenheiten der Person einerseits, des Vermögens andrerseits.

Auch so kann die Teilung geschehen, dass einer Oberleiter für das Ganze wird, den anderen aber nur Teilbezirke unterstellt werden.

Für das gemeine Recht ist dies nicht zweifelhaft[2]).

Für das bürgerliche Gesetzbuch ist es bestritten. Ablehnend vor allem Planck[3]): es fehle für diesen Fall an einer Regelung der Vertretungsmacht. Das ist aber nicht entscheidend. Das Gesetz gibt vielfach keine speziellen Bestimmungen, wenn sich solche aus der übrigen Regelung von selbst ergeben. Fraglich ist vielmehr nur, ob man im bezeichneten Falle noch von „bestimmten Wirkungskreisen" sprechen kann[4]).

Wir halten eine solche Teilung für zulässig. Nicht nur aus dem Grunde, der meistens dafür angeführt wird: dass nach den Motiven nicht notwendig einer zum Hauptvormund gemacht werden müsse[5]); das wäre nicht entscheidend.

Aber das Vormundschaftsgericht darf ja zweifellos auch so teilen, dass immer mehreren zusammen ein Wirkungskreis überwiesen wird; dann gälte für jeden Bezirk § 1797 Abs. 1. Warum nicht einer dann in allen

1) l. 4 D. 26, 7.

2) l. 26 § 1 D. eod.: „Tutor gerens superior oder generalis" nach Glück, Bd. 29 S. 177.

3) Note 2 zu § 1797. Desgleichen Schlecht S. 761.

4) Auch die veränderte Fassung gegenüber § 30 Abs. 4 Pr. V. O. könnte Bedenken erregen; sie ist aber rein redaktioneller Natur.

5) Vgl. Motive S. 1094. Daher zustimmend die meisten; vgl. Fuchs S. 95 f.; Boehm S. 76, Boschan S. 161 N. 3, Schultzenstein-Köhne Note 6 zu § 1797.

Bezirken in dieser Weise beteiligt sein sollte, ist nicht abzusehen; er hat dann seinen „bestimmten Wirkungskreis“. Die Vertretungsmacht aber ergibt sich dann aus Abs. 1: in jedem Bezirk herrscht Gemeinschaftlichkeit des Haupt- und Teilvormunds[1]).

Mit der Zuteilung einer Gruppe an einen Vormund verliert er die Ausübung der vormundschaftlichen Gewalt bezgl. aller anderen Geschäfte. Handlungen, die er dort vornimmt, sind nichtig[2]); wenn er als Vertreter des zuständigen Mitvormunds auftritt, steht er jedem beliebigen Vertreter ohne Vertretungsmacht gleich, es gelten also die allgemeinen Regeln.

Seiner Klage steht entgegen der Einwand der mangelnden Legitimation, im gemeinen Recht: „exceptio quod ei non data sit harum rerum administratio“[3]). Im heutigen Recht ist dieser Mangel schon von amtswegen zu beachten; vgl. § 56 C. P. O.[4]).

Innerhalb des ihm zugewiesenen Bezirkes aber steht jeder Vormund völlig unbeschränkt und selbständig da, in gleicher Weise wie ein Einzelvormund bezgl. aller Geschäfte. Es entstehen also „gleichsam mehrere von einander fast ganz unabhängige Tutelen“[5]).

Nun kann es aber vorkommen, dass eine Angelegenheit in den Geschäftskreis mehrerer Vormünder

1) So auch die S. 46 N. 5 Citierten.

2) l. 51 D. 26, 7; l. 2 C. V, 40; l. 5 C. V, 59. Vgl. auch z. B. Glück Bd. 29 S. 190, Bd. 30 S. 404 B. G. B. § 1797 Abs. 2 Satz 2.

3) l. 4 D. de admin. 26, 7, Sintenis S. 263 N. 35.

4) Auch nicht durch eine Beschwerde darf ein Mitvormund in die Kompetenz des anderen eingreifen, sie steht ihm nur in seinem Bezirk zu; arg. e contr. § 58 G. F. G.

5) Glück, Bd. 30 S. 404. Ähnlich die Motive S. 1045 für das heut. Recht, vgl. oben S. 27 bei N. 1.

zugleich fällt[1]). Sie werden dann alle zuständig. Es tritt dann also insoweit wieder eine Gemeinschaftlichkeit ein.

Für das gemeine Recht findet sich für diesen Fall keine besondere Bestimmung[2]). Es bedarf also einer Ableitung aus den allgemeinen Regeln. Da ist nun zu sagen: Diese Gemeinschaft kann nicht gleich der gewöhnlichen bei der tutela indivisa sein, so dass jeder die ganze Handlung allein vornehmen könnte. Denn dort floss sie aus dem Satze, dass jedem wie das ganze Recht so die volle Ausübung zustand; hier aber würde gerade der Zweck der Teilung illusorisch gemacht, nämlich die Beschränkung der Befugnisse des einzelnen. Die Form der Gemeinschaftlichkeit ist hier vielmehr diejenige, die z. B. bei der Arrogation stattfindet bei ungeteilter Verwaltung· es wird hier eines jeden Verwaltungsrecht berührt, daher muss jeder zustimmen. Die Handlung muss also von allen zusammen vorgenommen werden[3]).

Für das heutige Recht hingegen ist Vorsorge getroffen, und zwar in ähnlicher Weise, wie wir sie eben abgeleitet haben: Die mehreren zuständigen Vor-

---

1) Hierher gehören nicht die Person betreffende Handlungen, womit kraft Gesetzes vermögensrechtliche Wirkungen verbunden sind. Vgl. z. B. Planck N. 1 zu § 1798. Eine solche ist insbesondere die Zustimmung zur Annahme des Mündels an Kindesstatt durch einen Dritten nach § 1751, vgl. auch Planck N. 1 zu § 1627 S. 384. Hier ist also eventl. nach heutigem Recht nur Zustimmung eines Mitvormunds erfordert zu einem Akt, durch den die Vormundschaft beendet wird (§ 1882). Vgl. dagegen im gem. Recht die Notwendigkeit der Zustimmung aller, oben S. 38.

2) Auch die Schriftsteller sagen nichts darüber.

3) Wiederum, ohne dass dadurch eine personenrechtliche Verbundenheit einträte, vgl. oben S 38 N. 2.

münder handeln gemeinschaftlich, und zwar nach der Regel des § 1797 Abs. 1 Satz 1. Wir haben also wiederum die beiden Elemente:

a) Die Willensbildung: Zustimmung aller ist erfordert.

Bei Meinungsverschiedenheiten

α) entscheidet das Vormundschaftsgericht.

Dies wird im § 1798 nur für die Teilung nach Person und Vermögen ausgesprochen; aber es ist kein Bedenken vorhanden, dies analog auszudehnen, da „der gesetzgeberische Grund" derselbe bleibt[1]).

β) Es können aber andere Bestimmungen getroffen werden, seitens der Eltern oder des Gerichts; § 1797 Abs. 3, wie bei gemeinschaftlicher Führung.

b) Die Handlung wird zur gesamten Hand vorgenommen. Es gilt dafür das oben Gesagte (S. 41 f.)[2])[3]). Die Teilung ist so mächtig, dass eine Akkreszenz,

1) So Planck N. 5 zu § 1798. Ferner Endemann S. 939, Schultheis S. 61. Matthiass II S. 315 B.: A. M. Vor allem Staudinger N. 5 zu § 1785. Teilweise Kipp in Windscheid-Kipp S. 163.

2) Auch hier kann trotz der Gemeinschaftlichkeit jeder die Beschwerde selbständig einlegen, § 58 Abs. 2 G. F. G. — 3) Ein ganz ähnliches Verhältnis liegt vor, wenn neben dem Vormund an Stelle eines Mitvormunds noch eine andere Person Rechte über den Mündel ausübt, z. B.: a) ein Pfleger: § 1794, b) die Mutter: §§ 1696, 97, 1702 Abs. 2, der Vater: § 1676 Abs 2, c) der Ehemann einer verheirateten Mündel in: §§ 1800, 1633 und vor allem rücksichtlich des Vermögens. Dann ist jeder für sein Gebiet zuständig. Bei Kollisionen aber ist zur Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten bestimmt: im Falle zu a) ist nach § 1915 der § 1798 entsprechend anzuwenden, im Falle zu b) geht in einigen Fällen die Meinung des Vormunds vor: 1676, 1698, in den anderen und im Falle zu c) ist nichts bestimmt. Man kann aber unbedenklich Endemann folgen, der auch dann § 1798 analog anwendet; vgl. Endemann S. 951.

z. B. durch den Tod eines Mitvormundes, ausgeschlossen ist. Andrerseits aber beschränkt sie immer nur die Befugnis des Vormunds, modifiziert also nur sein Recht, innerhalb der Sphäre von Rechtsbeziehungen zwischen dem Mündel und Dritten sich zu bewegen und einzugreifen; auf diese Rechtsbeziehungen selbst aber ist die Teilung ohne Einfluss. Dritten gegenüber ist nur die Person des Mündels von Interesse und nur als für ihn handelnd die des Vormunds. Daher kann z. B. ein Schuldner des Mündels dem einen Vormund gegenüber eine Forderung aufrechnen, die als Schuld zu dem Geschäftskreis eines anderen Mitvormunds gehört. Und vor allem kann im gemeinen Recht ein Gläubiger des Mündels gegen jeden Vormund klagen: jeder ist passiv legitimiert[1]). Das heutige Recht geht hier weniger weit: nur die Zustellung der Klage kann an jeden Vormund erfolgen § 171 Abs. 3 C. P. O. Vertretungsmacht hat aber nur der Zuständige.

Diese Art der Mitvormundschaft ist die dem Zwecke des Institutes und einer einfachen Verwaltung am besten entsprechende; so bezeugt denn auch l. 51 D. 26, 7, dass die Teilung in Rom „plerumque fit“, und

---

1) Dies geht unzweifelhaft hervor aus l. 36 D. 26, 7, l. 47 § 7 D. ed. Vgl. auch Windscheid III S. 185 N. 5. Glück Bd. 30 S. 412, Sintenis S. 269. Schwierigkeiten macht allerdings die Auslegung von l. 2 C. V 40, welche die zweite Hälfte einer Konstitution Constantins enthält. Richtig ist wohl die Meinung Glücks Bd. 30 S. 414, die auf Jac. Gothofredus gestützt ist. Es handelt sich in der zit. Konstitution nur noch um eine Prozessformalität, dem Tutor des materiell betroffenen Vermögensteils braucht die Klage nicht insinuiert (früher lis denuntiiert) zu werden. In diesem Sinne bestätigt die Konstitution lediglich die Stellen in den Digesten. Ebenso z. B. Rudorff II S. 452, Windscheid S. 158 N. 5c.

Sintenis[1]) zählt gegenüber dieser und der folgenden Art die tutela indivisa zu den Ausnahmen.

Über die Stellung der Teilvormünder als Ehrenvormünder nach gemeinem Recht, die ihnen, wie schon oben S. 29 erwähnt, kraft Gesetzes zukam, ist im Folgenden zu sprechen.

§ 10.

Tutores honorarii gegenüber den tutores gerentes im gemeinen Recht.

Einem Tutor ist die Führung der Geschäfte genommen; was bleibt ihm noch übrig von der Vormundschaft?

„Das officium, den Pupillen zu bewahren, soweit es noch ohne auctoritatis interpositio und administratio möglich ist“[2]).

Und wir können nicht nur geschichtlich, sondern auch begrifflich die Regelung, die das römische Recht für die Stellung des honorarius trifft, aus seiner administrationslosen Tutorstellung herleiten.

Er steht neben einem gerierenden Vormund; jener allein hat die unmittelbare Fürsorge für alle Angelegenheiten des Mündels. Und doch bleibt dem honorarius ein weites Feld, das Wohl des Mündels zu pflegen, allerdings stets nur mittelbar; sei es durch den Vormund, indem er ihm mit Rat oder Unterstützung zur Hand geht, indem er ihn von Pflichtwidrigkeiten abhält, bei Nachlässigkeit ermahnt; indem er Einblick in die Verwaltung nimmt, sich Rechnung legen lässt, und so den Vormund zu geregelter Geschäftsführung anhält; oder aber sei es gegen den Vormund, indem

1) S. 259 N. 5.
2) Brinz III S. 837.

er bei Pflichtwidrigkeiten die Obervormundschaftsbehörde anruft und so einzelne Handlungen unschädlich macht oder die ganze Vormundschaft von dem ungetreuen Vormund befreit.

Wir fassen diese Tätigkeit zusammen in dem Ausdruck „Kontrolle“; diese ist ebenso sehr Recht wie Pflicht des dadurch sehr verantwortungsvollen Amtes.

Sie ist so recht eigentlich eine Abschwächung der früheren unmittelbaren Macht des Vormundes: wo er dort selbst handelte, gibt er hier nur acht, dass gehandelt werde. Wo er (bei der tutela indivisa) ein Verbietungsrecht hatte, hat er hier nur eine Anzeige an die Behörde, damit diese verbiete[1]). Ein unmittelbares Eingreifen in die Verwaltung ist ihm nicht gegeben, wenigstens nicht im gemeinen Recht[2]): daher erscheint hier der Charakter des Amtes als reiner Gegensatz zu dem des gerens.

Für das römische Recht hingegen war es sehr bestritten, ob der honorarius auch selber Verwaltungshandlungen vornehmen dürfe[3])[4]). —

1) Diese Pflichten und Rechte lassen sich also auf die Tutorstellung gründen, ergeben sich aber in ihrer Gestaltung nicht unmittelbar; ebenso verständlich wie die Regelung des römischen Rechts, das sie zum Amte des Mitvormunds ausbaut, ist es daher, wenn das bürgerl. Gesetzbuch diese „natürliche Aufsichtspflicht“ ganz kupiert und die Kontrolle im ganzen einem anderen Organ zuweist. Vgl. oben S. 29 ff.

2) Denn hierzu müsste ihm die Verwaltung dezerniert und befohlen sein R. P. O. Tit. 32 [31] § 2, — aber gerade weil sie das nicht wird, erhält er ja seine Stellung als honorarius.

3) Es stehen sich gegenüber l. 4 D. 26, 8 einerseits (Nichtigkeit der Handlung eines tutors, „cui administratio tutelae concessa non est“) und l. 14 § 1 D. 46, 3 sowie l. 49 D. 29, 2 anderer seits (Giltigkeit der Handlung, „nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio“). Von den verschiedenen Vereinigungen dieser Stelle kann als die anerkannte die gelten, welche Glück

Ein solcher Ehrenvormund, der eigens und ausschliesslich zur Kontrolle bestellt wird, wird durch den Willen des zur Berufung Berechtigten nach den oben S. 31. 43 ff. dargelegten Grundsätzen ernannt, und zwar in Rom sehr häufig, da dort die Kontrolle durch die Behörde, wie sie im gemeinen und heutigen Recht geübt wird, fehlte.

Doch auch der Gesetzgeber nutzte seinen Satz, dass der Tutor ohne Verwaltung zum Aufsichtsorgan wird: und er erklärte den Vormund, dem die Verwaltung nur partiell entzogen ist, also den Tutor tutela divisa, zum gesetzlichen Ehrenvormund für den ihm entzogenen Teil der Administration. Die Belastung der Vormünder wird hier aber ausgeglichen durch die erhöhte Sicherheit des Mündels: hier ist jeder beaufsichtigt, und alle bleiben in ständiger Berührung, wodurch die Verwaltung einheitlich wird [1]).

Bd. 29 S. 184 ff. wiedergibt. Auch die l. 4 D. 26, 8 spricht — in der rhetorischen Figur der Litotes — von einem Tutor, dem die administratio interdiziert worden ist. Der honorarius aber ist Tutor, und dass ihm die Verwaltung nicht übertragen worden ist, entbindet ihn wohl der Pflicht, nicht aber des Rechts der Verwaltung, daher kann er wohl giltig administrieren. Nur, wenn ihm die Verwaltung ausdrücklich untersagt worden ist, sind seine Handlungen nichtig. Ebenso Brinz III S. 837, v. Löhr, A. C. Pra. S. 4 ff. — Andere Auslegungen bei Zöpfl S. 46 f., Rudorff II S. 302 f., Dernburg III S. 78. Jedenfalls kommt eine gewisse Uneinheitlichkeit in die Regelung dieses Instituts. — 4) Selbstverständlich können auf seiten des gerens wie des honorarius mehrere stehen, dann gelten für jede Seite die Grundsätze, die wir oben entwickelt haben für den Fall, dass alle gleichberechtigt nebeneinander stehen, S. 26 ff., 37 ff., 45 ff.

1) Nicht mit diesem Verhältnis zu verwechseln, aber allzuhäufig damit verwechselt ist das oben S. 10 f. dargelegte Verhältnis mehrerer Spezialtutoren. Für diese sind gewisse Pflichten gegeben (z. B. l. 39 § 7, l. 47 § 2 D. 26, 7), die denen

Die Pflichtseite[1][2]).

Die Verbindlichkeiten im Ganzen.

Auch hier tritt die Beteiligung der Mehreren erst in die äussere Erscheinung bei dem, was wir als Ausfluss des vormundschaftlichen Gewaltverhält-

der honorarii nicht unähnlich sind; so müssen sie z. B. wenn sie wissen, dass ein Nebenvormund seine Pflicht verletzt, dessen Entfernung beantragen, sie müssen ihrem Nebenvormund Papiere, die seine Verwaltung angehen, herausgeben. Daher erklärte man sie häufig auch als honorarii (z. B. Sintenis S. 205), und man stellte gleich Vormünder, die von vornherein für bestimmte Teile des Vermögens berufen waren einerseits, und Mitvormünder zu geteilter Verwaltung andererseits (z. B. Brinz III, S. 839). Wir glauben aber dargetan zu haben, dass dies verfehlt ist; dort liegen mehrere (Haupt- und Spezial-), hier nur eine Vormundschaft vor. Die Pflichten sind dementsprechend aber auch nur ähnlich, nicht gleich, denn der Spezialtutor hat gar keine Pflicht der Kontrolle; nur wenn er weiss, dass Schaden droht, muss er einschreiten; um diese Kenntnis aber braucht er sich nicht zu bemühen, wohl hingegen der honorarius. — Es ist also verfehlt, den Spezialtutor für das übrige Gebiet als honorarius zu bezeichnen, denn dann müsste er dafür eben tutor sein, und das ist er gerade nicht; wir haben vielmehr reine Zweckmässigkeitsvorschriften, die der Sicherheit des Mündels dienen, an der doch alle ein Interesse haben; denn er ist ein Mündel aller. So auch durchaus richtig in dieser Hinsicht von Löhr, A. C. Pra. S. 19. Rudorff II S. 241 und Windscheid S. 157 machen richtig die Unterscheidung, aber erwähnen die fragl. Pflichten nicht. Andererseits aber geht es zu weit, auch den Mitvormund bei geteilter Verwaltung hierherzustellen, wie von Löhr l. c., Brinz l. c. es tun; vgl. vielmehr das im Text gesagte

1) Hier wird gewöhnlich nur die „Haftung“ des Vormundes (i. e. S., für Pflichtverletzung) behandelt. Wir fassen den Begriff weiter, als officium, aus dem die einzelnen obligationes dann entspringen. Vgl. hierzu auch Brinz III S. 820 ff. — 2) Von den möglichen Haftungen des Vormundes scheiden wir

nisses anzusehen haben; bei der Frage nach der Verbundenheit der Vormünder infolge dieses Verhältnisses, nach dem, was man von dem Vormunde verlangen könne.

Im gemeinen Recht wurden diese Verbindlichkeiten des Vormundes geltend gemacht durch die actio tutelae des Mündels als einheitliche Klage, die erst nach Beendigung seines Amtes angestellt werden konnte[1]). Für das bürgerliche Gesetzbuch findet das

hier folgende aus, die von der Form der Mitvormundschaft nicht berührt werden, weil sie entweder nach ganz allgemeinen Grundsätzen zu behandeln sind oder aber ihrer Natur nach nur gegen Einen gehen, bei mehreren also Multiplikation stattfindet:

a) Die Haftung gegenüber Dritten. Eine solche ist möglich aus indirekter Stellvertretung oder Delikt. Dann handeln die Betreffenden nach aussen nicht als Vormund.

b) Die strafrechtliche Haftung. Hier kam insbesondere für das röm. Recht in Betracht die Privatstrafklage actio rationibus distrahendis; sie wurde nicht rezipiert. (Vgl. Sintenis S. 245 N. 1, Dernburg Pand. III S. 91, A. M. Windscheid III S. 136 Nr. 8 und 8a.) Ferner die accusatio suspecti, eine öffentliche Strafklage gegen den untreuen Tutor. Im gem. Recht und heute tritt statt dessen Entlassung durch die Obervormundschaftsbehörde ein und daneben öffentliche Strafe. Vgl. für das gem. Recht Sintenis S. 280 N. 5 und N. 4 dazu. Für das heutige Recht ist massgebend § 1886 B. G. B. und die Bestimmungen des Str. G. B, vor allem § 266 Nr. 1.

c) Endlich einige speziell vormundschaftsrechtliche Pflichten z. B. die zur Sicherheitsleistung nach R. P. O. Tit. 32 (31) § 3, heute: B. G. B. § 1844, oder die zur Rückgabe der Bestallung, B. G. B. § 1893 Abs. 2.

1) l. 4 pr. D. 27, 3. — Nur historische Bedeutung hat es, dass

a) diese Klage im römischen Recht nur gegen den tutor ging, während gegen den curator eine neg. gestor. curationis causa actio gegeben wurde, die aber jener analog behandelt und daher oft geradezu als actio tutelae utilis bezeichnet wurde. Vgl. hierzu vor allem Wlassak S. 85 ff.

keine Anwendung mehr[1]). Es ist aber notwendig, auch die actio tutelae auf die einzelnen Bestandteile, aus denen sie sich zusammensetzt, im besonderen zu untersuchen.

§ 11.

Pflichten des Vormunds überhaupt und ihre Geltendmachung.

A. Mit der Übernahme seines Amtes entstehen für den Vormund verschiedenartige Pflichten: er muss die Gewalt, die ihm verliehen ist, auch gebrauchen, und zwar ist hierbei massgebend für ihn das Interesse des Mündels.

Hauptverbindlichkeit des Vormunds ist also, dass er des Mündels Angelegenheiten besorge.

B. Ausserdem liegen ihm noch Pflichten (zur Sicherung des Mündels) gegenüber der Vormundschaftsbehörde ob. Wir nennen hier vor allem folgende:

1. Die jährliche Rechnungslegung[2]).
2. Die Auskunftserteilung[3]).
3. Die Anzeige vom Tode eines Mitvormunds[4]).
4. Die Anlegung eines Inventars[5]).

---

b) Die actio tutelae ursprünglich nur bei tatsächlich geschehener Administration gegeben wurde, für unterlassene gestio dagegen eine actio tutelae utilis (in dies. S) zustand. Vgl. zum Ganzen Windscheid, § 438 N. 1 und 17, Rudorff II § 155 ff.

1) Wir haben hier eine Klage aus § 1833, aus 1840, aus 1890. Sie sind schon vor Ende der Vormundschaft anstellbar: § 1843 Abs. 2.

2) B. G. B. § 1840. R. P. O. Tit. 32 (31) § 3.

3) B. G. B. § 1839. R. P. O. eod.: „umb sein Verwaltung Rede und Antwort geben."

4) B. G. B. § 1894 Abs. 2. Ähnl. l. 39 § 7 D. 26, 7.

5) B. G. B. § 1802. l. 7 pr. D. 26, 7, R. P. O. eod.

C. Endlich entstehen aus der Beendigung des Amtes weitere Verpflichtungen des Vormundes. Vor allem: er muss das von ihm verwaltete Vermögen herausgeben und über die Verwaltung Rechnung legen[1]).

Geltend gemacht werden nun diese Verbindlichkeiten gegenüber dem Vormund in folgender verschiedenen Weise:

1. In positiver Richtung, d. h. es kann Erfüllung verlangt werden:

α) Wegen einiger nur indirekt durch obrigkeitlichen Zwang (Ordnungsstrafen etc.); so für das gemeine Recht hinsichtlich aller zu A und B[2]).

Der Grund liegt hier einfach darin, dass vor Ende des Amtes gar nicht geklagt werden konnte, was aber hier hätte geschehen müssen.

Für das bürgerliche Gesetzbuch hingegen ist z. B. die jährliche Rechnungslegung (B. 1) auch als privatrechtliche Pflicht gegenüber dem Mündel gestattet, auf deren Erfüllung dieser — durch einen Pfleger — klagen kann[3]). Anders die Inventarerrichtung[4]), die Auskunftserteilung.

β) Durch Erfüllungsklage seitens des Mündels: im gemeinen Recht die actio tutelae auf Herausgabe des Vermögens und Schlussrechnung. Heute die Klage aus § 1840 auf die Jahresrechnung, die Klage aus § 1890 mit gleichem Gegenstand wie vorbezeichnet die actio tutelae.

1) B. G. B. § 1890. Die actio tut. geht auf rationes und reliqua (weiterer Gegenstand s. unten): Dig. tit. 27, 3, Sintenis § 150 Anm. 1, Glück Bd. 32 S. 182.

2) Vgl. hier insbesondere für die Rechnungslegung oben (B. 1) Sintenis S. 244 N. 1 Nr. 3 und Seuff. Archiv Bd. 10 Nr. 63.

3) Vgl. Dernburg bürg. Recht S. 391. Mot. S. 1157. Ebenso die meisten A. M. Schultetus S. 148.

4) Planck N. 5 zu § 1802, Mot. S. 1099.

2. In negativer Richtung: d. h. es wird Schadenersatz verlangt wegen Pflichtverletzung: nach beiden Rechten wegen aller Pflichten, und zwar im gemeinen Recht mit der actio tutelae, im heutigen mit der Klage aus § 1833 B. G. B.

Diese Unterscheidung ist von Wichtigkeit, und zwar für den Umfang der Verbindlichkeiten jedes Vormundes, sowie ferner vor allem im bürgerlichen Gesetzbuch für die Gestaltung der Gemeinschaftlichkeit.

§ 12.

Tutela indivisa.

Jene Klagen auf Pflichterfüllung gründen sich entweder ganz unmittelbar auf das Gewaltverhältnis, oder aber auf seine normale Betätigung. Beides ist hier aber allen Vormündern gemeinsam, die Pflichten ruhen also gleichermassen auf der Gesamtheit der Vormünder.

Wir wiesen ja schon oben auf diese Gemeinschaftlichkeit auch der Pflichtseite hin. Konsequenterweise müssen wir also auch hier das gemeine Recht verschieden vom heutigen finden. Ja, hier geht der Unterschied noch weiter.

Denn der Teil der actio tutelae (dem Gegenstande nach), der hier dem Mündel zusteht: auf Herausgabe des Vermögens und Rechnungslegung, gründet sich nicht rein unmittelbar auf das Gewaltverhältnis, sondern nur mittelbar, indem er hier auf der erfolgten Ausübung desselben, auf einer wirklich stattgehabten Verwaltung beruht[1]). Dies Zwischenglied

1) Wenn die Vermögensstücke nicht vorher in Besitz genommen wurden, können sie nicht herausgegeben werden. Wenn nicht wirklich verwaltet wurde, kann man keine Rechnungsablage über die Verwaltung verlangen So bezgl. der Rechnung: Seuff. Archiv Bd. 25 N. 211. Vgl. ferner hierzu Binder S. 336.

aber hebt die Einheit, die für die Gewaltausübung nach ihrer aktiven Seite hin bestand — da sich das Recht der Führung eben unmittelbar auf das Gewaltverhältnis stützt — auf; statt wie dort aktive, so hier passive Korrealität zu finden, erhalten wir hier nur eine passive Solidarität[1]) der Tutoren (vgl. S. 60 N. 3).

Dass aber dies Zwischenglied der tatsächlichen gestio wirklich in dieser Weise sich geltend macht, werden wir sofort erkennen, wenn wir an die geteilte Verwaltung denken: hier haben wir mehrere ganz gesonderte gestiones durch je einen einzelnen: daher findet hier noch nicht einmal Solidarität, sondern einfach eine Summe von Klagen statt: jeder muss für seine und nur für seine gestio Rechnung legen und das Vermögen, das ihm zugeteilt wurde, herausgeben.

Ganz anders im heutigen Recht. Hier sind zwar auch die Pflichten der Vormünder teils unmittelbar auf das Gewaltverhältnis, teils erst durch eine gestio begründet: allein die gestio geschieht ja hier durch die gesamte Hand; in dieser geht der Einzelne auf[2]);

1) Vgl. hiergegen Binder S. 333 ff., bes. S. 349, und seine eingehende Polemik gegen Ribbentrop: Vormünder seien Korrealschuldner, wenn sie solidarisch haften. Binder sieht, gestützt auf ein umfangreiches Quellenmaterial, keinen Wesensunterschied zwischen Korrealität und Solidarität, sondern in beiden nur (infolge von Anforderungen der Praxis) zeitlich verschiedene Gestaltungen desselben Instituts: der Mehrheit von Gläubigern bezw. Schuldnern. Klassisch sei die Korrealität Gesamtwirkung der litis contestatio, nachklassisch die Solidarität: Einzelwirkung. Dementsprechend bestreitet Binder den unten zu besprechenden beneficia excussionis und divisionis die Klassizität und weist das erstere der nachklassischen Kaiserzeit, das letztere der Tätigkeit der Kompilatoren zu. Vgl. Binder S. 284 ff., S. 339 ff.

2) Im gemeinen Recht werden meist auch alle handeln,

daher die Pflichten und Klagen hier die gesamte Hand belasten [1] [2]).

Die Klagen auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung beruhen nie unmittelbar auf dem Gewaltverhältnis, sondern es tritt auch hier eine nähere Veranlassung ein, — die aber nie eine einheitliche für alle sein kann, sondern stets für jeden besonders besteht: erfordert ist eine schuldhafte Pflichtverletzung.

Für das gemeine Recht steht dies seit Ribbentrops Ausführungen mit Sicherheit fest [3]). Die Verantwortung war hier geringer als heute: der Vormund haftete nur für culpa in concreto.

Für das bürgerliche Gesetzbuch ergibt es sich aus § 1833 Abs. 1: Haftung für omnis culpa. Daraus folgt insbesondere:

Bei ungeteilter Verwaltung nehmen zwar alle ein schädigende Handlung vor; die Schuld dafür ist jedoch nicht denen beizumessen, die der Vornahme widersprachen, aber überstimmt wurden: sie sind frei.

---

weil eben jeder alles besorgen soll; eine solche Handlung bedeutet dort aber eine mehrfache gestio.

1) Dies ist allseitig anerkannt für die Rechnungslegung. Vgl. Planck N. 8 zu § 1890, Mot. S. 1159. Staudinger N. 1 b zu 1890. Für die Vermögensherausgabe ist es nirgends ausgesprochen, aber selbstverständlich; die Mitvormünder haben ja auch das Vermögen im Mitbesitz zur gesamten Hand. — 2) Dies wäre also ein Fall der Verpflichtung zur gesamten Hand, wie sie bei der Gesellschaft, bei Ehegatten etc. vorkommt.

3) Vgl. Ribbentrop S. 56 ff. A. M. Sintenis in der Anm. 5 auf S. 258 ff. — Ribbentrop führte den Beweis, dass die actio tutelae gegen die Vormünder nicht als Korreal-, sondern als Solidarschuldner geht, nur für diesen Teil der actio tutelae (Pflichtverletzung); es ist aber durchaus notwendig und folgerecht, ihn auch auf das Moment der gestio auszudehnen, wie oben geschehen.

Die Haftung ist also hier schon begrifflich eine für jeden einzelnen gesonderte; und wenn mehrere für einen Schaden verantwortlich sind, so haften sie nach durchaus allgemeinen Grundsätzen solidarisch, also als Gesamtschuldner (§ 1833 Abs. 2 Satz 1).

Damit ergibt sich für das gemeine Recht das einfache Resultat: die actio tutelae geht stets gegen alle Vormünder als Solidarschuldner.

Für das bürgerliche Gesetzbuch hingegen ist nur die Klage wegen Pflichtverletzung eine solche gegen Gesamtschuldner. Im übrigen sind die Vormünder zur gesamten Hand verpflichtet [1]).

§ 13.

Die anderen Arten.

Eine Modifikation tritt nun ein, sobald die Führung nicht mehr ungeteilt ist.

Jetzt hat jeder die Pflicht der Führung (und aus der Führung) nur soweit, als sie ihm zugewiesen ist; alle jene positiv gerichteten Klagen spalten sich daher in lauter selbständige Teilklagen, wenn die Tutel geteilt ist, und bei der Ehrenvormundschaft des gemeinen

1) Schröder-Mugdan S. 58 Nr. 5 bemerken hier — ohne Begründung — mit Recht, dass die Verpflichtung mehrerer Vormünder, den Tod eines Mitvormunds anzuzeigen, eine solidarische ist, keine gesamthänderische. Die Erklärung ist nicht schwierig und für das aktive Gesamthandsverhältnis bereits geführt: Rehbein z. B. S. 463 N. 24, führt aus: wenn die Leistung des Schuldners an einen von mehreren Gläubigern zur ges. Hand ihrer Natur nach allen zu gute kommt, so ist von selber Gesamtschuldverhältnis gegeben. Ebenso hier: die Erfüllung der Pflicht durch einen Schuldner wirkt hier ihrer Natur nach in gleicher Weise wie die durch alle. Es tritt also hierfür allerdings Gesamtschuldverhältnis von selber ein.

Rechts geht dieser Teil der actio tutelae nur gegen den gerens, gar nicht gegen den honorarius.

Für die Schadensersatzklagen nach heutigem Recht gilt ganz Gleiches: bei Teilung bleibt jeder nur für seinen Bezirk verantwortlich; ausserhalb desselben haftet er für Schadenszufügung wie ein Dritter nach allgemeinen Grundsätzen. Eine Gesamthaftung aus § 1833 findet also bei Teilung der Führung gar nicht statt.

Bei der Mitvormundschaft zu geteilter Verwaltung nach bürgerlichem Gesetzbuch hört also jede Gemeinschaft der Pflichten auf[1]).

Anderes gilt im gemeinen Recht für die Schadensersatzklage: denn die beiden anderen Arten der Mitvormundschaft belasten dort die Mitvormünder bezgl. der ihnen entzogenen Angelegenheiten mit der Aufsichtspflicht: und für Verletzung dieser haften sie.

Dort kann also auch ein Teilvormund und ein Ehrenvormund aufs Ganze solidarisch haften.

Insbesondere: Die Haftung für Pflichtverletzung.

Nun bleibt noch die Prüfung eines Problems übrig, welches sich aus der Gesamthaftung für Verschuldung ergibt, nämlich dieses: nur derjenige, der unmittelbar den Schaden verursacht hat, soll ihn tragen; aber zugleich soll dadurch die Sicherheit des Mündels nicht leiden.

---

1) Auch hier tritt selbstredend Gemeinschaftlichkeit wieder ein, wenn eine Angelegenheit in den Kreis mehrerer fällt. — Als Ausnahmen von dem Grundsatz im Text gibt es einige wenige Angelegenheiten (z. B. die Todesanzeige u. § 1894 Abs. 2), die von der Teilung nicht berührt werden, sondern gemeinschaftlich bleiben; hier schafft dann die Pflichtverletzung Gesamthaftung.

Diese Frage hat im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch eine verschiedene Lösung gefunden.

§ 14.

Das gemeine Recht.

Die Schadensersatzforderung war dort einbegriffen in die Generalklage actio tutelae. Mit dieser haften die Vormünder als Gesamtschuldner: „et tutorum quidem periculum commune est . . . et in solidum universi tenentur“ [1]. Doch ist dies nur cum grano salis zu nehmen, wie wir schon oben dargetan haben und wie Ribbentrop ausdrücklich hervorgehoben hat: Die Solidarität reicht nur, soweit die einzelnen gerade auf dasselbe haften; im übrigen kann sie gegen einen noch auf anderes und mehr gehen [2].

Zur Lösung des oben bezeichneten Problems hat man nun drei modifizierende Prinzipien eintreten lassen.

1. Der ordo conventionis. Er bedeutet eine Rangabstufung nach der Schuld, wodurch bestimmt wird, wer dem Zugriff des Mündels zunächst unterliegt. Als Prinzip lässt sich aufstellen: An erster Stelle haftet immer derjenige, der den Schaden durch seine Tätigkeit unmittelbar verursacht hat [3].

Erst bei Insolvenz derselben haftet derjenige, der ihn nur mittelbar herbeiführte [4].

1) l. 55 pr. D. de adm. 26, 7.

2) Ribbentrop S. 71. Er bezeichnet es richtig als etwas durchaus Zufälliges (und daher leicht Irreführendes), wenn für die mehreren der Gegenstand restlos gleich ist.

3) Mit denen, die für ihn gutgesagt hatten und daher sofort für ihn einstehen müssen: die Bürgen, affirmatores, postulatores, nominatores nach bestimmter Reihenfolge.

4) Brinz' Bedenken S. 842 gegen diese Formulierung sind nicht stichhaltig, da eben, wem die Gestion nicht vom

Dass also der gerens stets vor dem honorarius haftet, ist einleuchtend [1]). Aber für mehrere konkurrierende gerentes bedarf es noch einer Unterscheidung; solche sind bei der tutela indivisa Regel, bei den übrigen Arten möglich.

Gerentes sind sie ja zunächst nur der Stellung nach, im wahren Sinne des Wortes hingegen erst, wenn sie wirklich gerieren. Es kann also vorkommen, dass von mehreren Gerenten einige unmittelbar eine schädigende Handlung vornehmen die anderen dagegen nicht. Sie zerfallen demnach in zwei Gruppen, von denen die zuerst genannte nach dem oben aufgestellten Grundsatz vor der zweiten haftet.

A. Gerenten (i. e. S.: tatsächlich Handelnde). Ihnen ist gleichgestellt, wer einen anderen (Dritten oder Mitvormund) mit der Gestion beauftragt, also durch diesen geriert hat [2]).

B. Cessanten: die weder persönlich noch durch einen Dritten geriert haben [3]). Darin eben liegt ihre Schuld; somit werden stets alle Gerenten (i. w. S.) haften. Nur wenn einer ganz ausnahmsweise ohne Schuld zessiert hat, ist er frei [4]).

Wir haben also unter den Vormündern folgende Reihenfolge: es haftet

1. der gerens (und wer ihm gleichgeachtet),

Praetor abgenommen ist, rechtlich Gerent ist. Vgl. das im Text folgende.

1) Es haftet aber vor dem honorarius noch die Obervormundschaftsbehörde. Vgl. Windscheid III § 443 N. 6 u. 10 und jetzt auch Brinz (in der 2. Aufl.) III S. 842. A. M. Glück Bd. 30 S. 420, Sintenis S. 260 ff. 277.

2) l. 55 pr. D. de adm. 26, 7.

3) l. 5 D. 27, 8, wer „non gessit, cum gerere deberet“.

4) Vgl. Windscheid III S. 159 N. 9. A. M. Sintenis S. 258 f. in Anm. 5.

2. der cessans,

3. der honorarius [1] [2]).

Der Mündel darf einen später Haftenden nicht vor dem früher Haftenden belangen: vorausgesetzt, dass jener solvent ist. Nur in diesem Falle gilt der ordo conventionis; denn sonst trüge ja der Mündel die Gefahr.

Gegen eine Durchbrechung dieser Ordnung steht dem Betroffenen die Einrede der Vorausklage zu (wieder vorausgesetzt die Solvenz des vor ihm Haftenden).

Somit ist also möglich, dass ein weniger Schuldiger für einen in höherem Grade Schuldigen zahlt.

Hier ist also ein Ausgleich nötig, vgl. unten 3.

2. Das beneficium divisionis regelt den Umfang der Haftung für mehrere vom gleichen Range.

Wenn alle in gleicher Schuld sind, weil sie entweder alle geriert haben oder alle als honorarii haften, so kann unter ihnen keine Rangordnung mehr stattfinden; sie haften nebeneinander. Dann aber steht ihnen ein Rechtsbehelf zu, der ihnen „exemplo fidejussorum“ verliehen [3]) ist: Der Anspruch muss unter sie geteilt werden; wenn sie auf mehr als ihr Teil belangt werden, so haben sie wie Mitbürgen die Einrede der Teilung [4]).

Auch Voraussetzung dieses beneficiums ist aber die Solvenz der Genossen: wer nicht zahlungsfähig

1) Bei den einzelnen Arten der Mitvormundschaft kann dies so modifiziert sein, dass eine Stufe fehlen kann. Die Ableitung ergibt sich von selbst. — 2) Die Cessanten haften, anders als die honorarii, vor der Obervormundschaftsbehörde. Vgl. Windscheid § 443 N. 6 und 10.

3) l. 1 § 11 D. 27, 3.

4) l. 38 pr. § 1 D. 26, 7 für Cessanten; l. 1 § 11, 12 D. 27, 3 für Gerenten.

ist, rechnet nicht mit. Daher kann es auch hier vorkommen, dass einer zahlt, was eigentlich ein anderer schuldet.

Nur in einem Falle steht — aus rechtspolitischen Gründen — trotz Gleichheit der Verschuldung die Wohltat der Teilung nicht zu: wenn der Schaden durch gemeinsamen Dolus entstanden ist; denn: nec ulla societas maleficiorum vel communicatio justa ex maleficio est [1]).

3. Der Regressanspruch.

Auch dieser geht zunächst aus vom exemplum fidejussorum, und ist zunächst auch gleichgestaltet: wegen dessen, was man an Stelle eines anderen bezahlt, — sei es ein Teil, sei es die ganze Schuld — hat man gegenüber dem Mündel das beneficium cedendarum actionum [2]).

Naturgemäss muss dies geltend gemacht werden, bevor man dem Mündel gezahlt hat, denn damit erlischt die actio tutelae und eine Cession ist unmöglich [3]). Die Härten aber, die hierdurch entstehen können, sind umso weniger zu wünschen, als ja das Amt des Vormundes kein freiwilliges ist. Man ging daher hier über das Beispiel der Mitbürgen hinaus.

Konstitutionen von Antoninus Pius, Severus und Caracalla gaben dem zahlenden Vormund, auch wenn keine Cession erfolgt war, die actio tutelae utilis als Regressklage [4]).

1) l. 1 § 14 D. 27, 3 (für Gerenten;) für Cessanten vgl. l. 38 § 2 D. 26, 7; vgl. Windscheid § 443 N. 15, Glück, Bd. 30 S. 385 f.

2) l. 1 § 18 D. 27, 3; l. 2 C V, 52.

3) l. 76 D. 46, 3: nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit.

4) So Glück Bd. 30 S. 375; Lindelof S. 109, Mühlenbruch S. 474, Rudorff III S. 37, Brinz II S. 88. Eine

Auch dieser Regressanspruch aber versagt, wenn der Schaden dolos[1]) herbeigeführt ist; sei es ein dolus des Zahlenden allein oder ein gemeinsamer; und darüber hinaus auch bei contumacia, wenn alle nicht gerieren [2]).

§ 15.

Das bürgerliche Gesetzbuch.

Hier steht die Sicherheit des Mündels im Vordergrund: er soll zunächst den ganzen Schaden gedeckt erhalten. Der Ausgleich unter den Vormündern ist dann eine rein interne Angelegenheit.

Für den Mündel gibt es daher keine Regeln der Belangung; er kann von jedem Mitschuldigen das Ganze verlangen; der ordo conventionis und das beneficium divisionis sind damit gefallen.

Der Ausgleich aber wird folgendermassen geschaffen:

1. Es kann auch hier vorkommen, dass ein Mit-

---

gegenteilige Meinung behauptet, diese Klage, die in den Quellen einfach als actio utilis bezeichnet wird, sei die neg. gest. actio als utilis; so Windscheid III § 443 N. 16. Die praktischen Folgen wären, dass die Accessionen der actio tutelae nicht mit übergingen. Allein diese Meinung stützt sich nur auf eine Äusserung Modestins in l. 76 D. 46, 3 (vgl. oben S. 66 N. 3), die nicht entscheidend ist, da sie nicht mehr sagt, als dass die gewillkürte Cession einer Klage nach Zahlung unmöglich ist. Es ist aber anzunehmen, dass, wenn man schon dem Vormund einen Regress auf jeden Fall geben wollte (weil bei gleicher Sachlage nicht „einer das Opfer sein soll", Mühlenbruch l. c.), man ihm auch einen vollwertigen, gesicherten gab; die ungesicherte actio neg. gest. war hier aber ganz unwertig, weil ja nur durch Insolvenz des Mitvormundes die ganze Sachlage geschaffen wurde.

1) l. 1 § 14 D. 27, 3.

2) l. 38 § 2 D. 26, 7.

vormund unmittelbar den Schaden zufügt, ein anderer nur mittelbar durch Verletzung seiner Aufsichtspflicht. Diese ist aber nicht etwa eine generelle, wie die des honorarius[1]), das haben wir schon oben bei der Gegenvormundschaft behandelt; sondern es kann sich hier nur um eine spezielle handeln; ein Beispiel geben die Motive[2]). Dann haftet hier intern nur der unmittelbar Schädigende.

2. Wenn alle in gleicher Schuld sind (auch bei dolus!), so haben sie intern gleiche Teile zu tragen. Fällt einer wegen Insolvenz aus, so tragen sie auch dessen Anteil zu gleichen Teilen. § 426 Abs. 1.

3. Soweit einer hiernach für einen anderen gezahlt hat, geht kraft Gesetzes die Forderung des Mündels auf ihn über. § 426 Abs. 2.

---

1) Als solche nimmt sie unrichtig Endemann S. 939.

2) Mot. S. 1179. Ein Vormund überlässt ohne Schuld eine Sache dem Mitvormund zum Alleinbesitz; dann liegt ihm bezüglich dieser Sache eine Aufsichtspflicht ob.